Die hypothekarische Zwischenkreditsicherung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Alfons Weiser
aus Stuttgart
1965

1964

8124

Druck: Julius Wagner Stuttgart-Bad Cannstatt Schönestraße 23

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547602_0082

Die hypothekarische Zwischenkreditsicherung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Alfons Weiser
aus Stuttgart
1965

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand Elsener
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Baur
Tag der mündlichen Prüfung: 21. 12. 1964

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	7
Schrifttumsangaben	9
Die hypothekarische Zwischenkreditsicherung	
A Umfang und Bedeutung des Zwischenkreditgeschäfts	22
I. Arten der Baukredite	22
a) Langfristiger Kredit	22
b) Kurzfristiger Kredit, Zwischenkredit, Begriff	23
c) Vorfinanzierungskredit	25
d) Abgrenzung	25
II. Notwendigkeit der Zwischenfinanzierung	27
a) Auszahlung der Dauerfinanzierungsmittel	27
1. Hypothekenbanken	28
2. Versicherungsunternehmen	29
3. Sparkassen	30
4. Staatliche Kreditanstalten	31
5. Bausparkassen	32
b) Anfall der Baukosten	32
III. Die wichtigsten Zwischenkreditinstitute und ihre Kreditvolumen	35
1. Spezielle Zwischenkreditinstitute	35
2. Andere Quellen des Zwischenkredits	37
a) Sparkassen	37
b) Bausparkassen	38
IV. Durchführung der Zwischenkreditsicherung in der Praxis	39

Seite

B Sicherung des Zwischenkredits 41

I. Die Rechtslage des Bauherrn nach Begründung des Hypothekenbestellungsvertrags 41

II. Entsteht ein Grundpfandrecht nach Eintragung des künftigen Grundpfandgläubigers 42

a) Theorie der Gläubigerhypothek 43

b) Theorie des subjektlosen Rechts 51

c) Entstehung einer Eigentümergrundschuld 55

d) Vorläufigkeit des Grundpfandrechts 59

e) Übergang des Pfandrechts vom Eigentümer auf den Hypothekar 62

III. Verwendung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als Sicherungsrecht 63

a) Verfügungsbefugnis des Eigentümers 63

b) Form der Abtretung 65

c) Nichteintragbarkeit der Abtretung des vorläufigen Grundpfandrechts 67

d) Unbrauchbarkeit der vorläufigen Eigentümerbuchgrundschuld zur Zwischenkreditsicherung 71

e) Verwendung der vorläufigen Eigentümerbriefgrundschuld 73

f) Nach welchen Bestimmungen vollzieht sich die Übertragung 74

1. Inhalt der Abtretungserklärung 74

2. Verschaffung des Briefbesitzes 75

3. Abtretung des Anspruchs aus § 985 BGB 77

4. Abtretung des obligatorischen Anspruchs des Eigentümers gegen den Hypothekar 80

g) Funktion des Briefes beim vorläufigen Eigentümerpfandrecht 85

Seite

IV. Die Rechtsnatur der Post nach ihrer Übertragung 87

V. Valutierbarkeit und Abtretung 88

a) Ablehnende Auffassung Ackermanns 88

b) Stellungnahme 91

c) Anwendung der Bedingungsvorschriften 92

d) Erfordernis einer nur bedingten Übertragung 97

e) Valutierung auf Grund der gesicherten Erwerbsstellung des Gläubigers 98

1. Inhalt der Anwartschaft 99

2. Unentziehbarkeit und Erwerbsstellung des Gläubigers durch den Eigentümer 101

3. Bestand der Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber dem Zwischenkreditgeber 103

VI. Vernichtung der Valutierbarkeit 104

VII. Gefahr des Rechtsverlusts durch gutgläubigen Erwerb 105

VIII. Der "Auszahlungsanspruch" als Kreditsicherungsmittel und seine Abtretbarkeit 107

1. Der Auszahlungsanspruch nach der Theorie des Realvertrags 107

2. Übertragbarkeit des Kreditanspruchs nach der Konsensualtheorie 111

IX. Auswirkungen der Zession des Auszahlungsanspruchs auf die Valutierungsmöglichkeit 113

a) Wechsel des Valutaberechtigten 113

b) Schutz des Zwischengläubigers vor Rechtsmängel bei der Abtretung des Auszahlungsanspruchs 115

c) Folgen der Zession des Kreditanspruchs für den Hypothekar 116

Seite

d) Unvollständigkeit der Sicherung des Zwischenkreditgebers ohne Zession des Auszahlungsanspruchs 117

e) Gefahr des Rechtsverlusts durch Maßnahmen des Hypothekengläubigers 118

X. Übergang der Post auf den Hypothekar 119

XI. Erteilung einer Benachrichtigungsvollmacht 121

XII. Rechtsverlust durch Löschungsvormerkung 123

C Vorteile des Sicherungsvorschlags 128

I. Handhabung in der Praxis 128

II. Vergleich mit anderen vorgeschlagenen Verfahren 129

III. Bestand der Sicherung 132

Abkürzungsverzeichnis

Archiv f. civ. Prax.	Archiv für civilistische Praxis
Archiv f. bürg. R.	Archiv für das bürgerliche Recht
Bank-Archiv	Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
BGH	Bundesgerichtshof
Bl. f. Grst.- Bau- u. Wohnr.	Blätter für Grundstücks- Bau- und Wohnungsrecht
Der langfr. Kredit	Der langfristige Kredit, Zeitschrift für den deutschen Kapitalmarkt
DNZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
Gruch. Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Holdh. Zeitschr.	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts

LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrif
OLG	Oberlandesgericht, zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht, zugleich amtliche Sammlung der RG-Rechtsprechung
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB
Seuff.A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
Schlesw. Hol. A.	Schleswig-Holsteinische-Anzeigen
Stat. Jahrb. f.d. BRD	Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland
Warn. Rspr.	Warneyers Rechtsprechung des RG auf dem Gebiet des Zivilrechts
ZADR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBl. FG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung
WM IV B	Wertpapier-Mitteilungen Teil IV B, Wertpapier- und Bankfragen-Rechtsprechung

Schrifttumsangaben

Abraham, Hans Fritz	1) Die nichtvalutierte Baugeldhypothek, Holdh. Ztschr. Bd. 14 S. 180 2) Schiffshypothek 1930
Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 1939
Ackermann	Zur Frage des Eigentumswechsels vor der Hypothekenvalutierung, DNZ 1936 S. 241
Ackermann, K.	Gläubigerwechsel vor Hypothekenvalutierung, DNZ 1936 S. 345
Ackermann, K.	Sicherstellung von Bauzwischenkredit, DNZ 1936 S.670
Ahsbahs, Leo	Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB, Jherings-Jahrb. 1906 Bd. 50 S. 373
Baur, Fritz	Sachenrecht 2. Aufl. 1963
Beck, W.	Die Maximalhypothek des BGB, 1910
Beninghaus, Günter	Rechtsverhältnisse bei nichtbalutierter Brief- und Buchhypothek, Diss. Köln 1940
Berndorff, Wilhelm	Sicherung des Bauzwischenkredits, Diss. Köln 1939
Biermann, J.	Höchstbetragshypothek und andere Grundpfandrechte als Unterlage für Bankkredit, Bank-Archiv 7. Jahrg. S. 260

Biermann, J.	Bürgerliches Recht, Bd. III Sachenrecht 3. Aufl. 1914
Blomeyer, Arwed	Studien zur Bedingungslehre, 1939
Blomeyer, Karl	Eigentumspfandrecht und Grundpfandbestellungsrecht des Eigentübers, DRW 1941 S. 110
Böhmer, Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Praxis der richterlichen Rechschöpfung, 1952
Böhmer, Gustav	Hypothek und Forderung, Recht 1904 S. 194
Böhmer, Gustav	Trennung von Hypothek und Forderung, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 37 S. 205
Böhmer, Gustav	Hypothekarische Sicherung des Zwischenkredits, ZADR 1940 S. 241
Böhmer, Gustav	Übergang der hypothekarischen Sicherung vom Zwischenkreditgläubiger auf den Hauptkreditgeber, ZADR 1940 S. 173
Boesebeck, Ernst	Anmerkung zu RG, JW 1937 S.61 Nr. 4 in JW 1937 S. 615
Bollenbeck	Vorausquittung bei Hypothekendarlehen, DNZ 1910 S. 657
Bourier, Adolf	Die Rechtsstellung des Gläubigers einer Hypothek für eine künftige Forderung, ZADR 1937 S. 524
Brachvogel	Die Höchstbetragshypothek, ein subjektives, alternatives dingliches Recht? DNZ 1926 S. 274

Brand-Schnitzler	Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis 9. Aufl. 1957
Brandt, Hans	Ein ausländischer Betrachter zur deutschen Rechtserneuerung, DRW 1938 S. 63
Brink, G.	Die Bezahlung der Hypothekenforderung sowie die Hypothek am eigenen Grundstück 1907
Bruck, Ernst	Die Eigentümerhypothek. Abhandlungen zum Privat- u. Zivilprozeßrecht des Dt. Reiches in zwanglosen Heften, herausgegeben v. O. Fischer, Bd. 10 Heft 2
v. Brunn, H.	Pfändung von Eigentümergrundschulden, JR 1935 S. 169 ff.
Classen, Werner	Rechtsnatur der Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung während der Schwebezeit der Forderung, Diss. Köln 1957
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Dt. bürgerl. Rechts, Bd. 2, 1900
Cosack-Mitteis	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2, 7/8 Aufl. 1924
Crome, Karl	System des Bürgerlichen Rechts Bd. 3 1905
Dannehl, Walter	Die sog. vorläufig auflösend bedingte Eigentümergrundschuld als Sicherung für den Bauzwischenkredit, Diss. Erlangen 1938
Dannenbaum, Fritz	Deutsche Hypothekenbanken, 1928

Dehne, Jürgen	Die Sicherstellung von Bauzwischenkredit, DNZ 1936 S.6
Dempewolf, Günter	Benachrichtigungsvollmacht als Sicherung für den Kreditgeber, MDR 57 S. 458
Dernburg, Heinrich	Sachenrecht, 4. Aufl. 1908
Diesel, Wolfgang	Richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen Bankkunden zweckmäßig in die nichtvalutierten Kreditsicherheiten oder in den Kreditanspruch? JW 1933 S. 2504
Ebbecke	Eigentümerhypothek, Recht 1912 S. 463
Ehrenforth, Werner	Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld, JW 19 S. 3219
Eichler, Johannes	Die Hypothek für künftige und aufschiebend bedingte Forderungen, Diss. Leipzig 1913
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2, Sachenrecht 8. Aufl. 1905
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgem. Teil, 15. Aufl. 1. Halbbd. 1951, 2. Halbbd. 1960, bearbeitet v. H.C. Nipperdey, Bd. II Schuldrecht 15. Bearb. 1958 v. H. Lehmann, Bd. III Sachenrecht 10. Bear 1957 v. L. Raiser
Esser, Josef	Schuldrecht 2. Aufl. 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch 3. Aufl. 1962

Fachveranstaltung	Rheinischer Notare, DNZ 1935 S. 957
Fischer-Dieskau, Joachim	Warum Vor- u. Zwischenfinanzierung? Der Volkswirt, 1958, Beilage zum Heft 42, S. 39
Frantz	Hilfsvollstreckung zur Briefübergabe, NJW 1955 S.169
Fuchs, Ernst	Kommentar zu grundbuchrechtlichen Normen, 1901 - 03
Fuchs, Eugen	Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917
Gestrich, Hermann	Rechtsstellung des Eigentümers bei der Hypothek, Diss. Marburg 1927
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, 1912 Bd. II, Sachenrecht
Goldmann-Lilienthal	Sachenrecht, 1912
Gramm, Werner	Eigentümerpfandrechte einschließlich ihrer Behandlung in der Zwangsvollstreckung, Diss. Heidelberg 1950
Güssefeldt, W.	Zur Gestaltung eines neuen Grundpfandbestellungsrechts ZADR 1941 S. 370
Güthe-Triebel	Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1936
Güthe, Georg	Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, 1944
Hachenburg, Max	Vorträge über das BGB 2. Aufl. 1906
Haegele, Karl	Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis, Bd. II Grundbuchrecht 2. Aufl. 1959

Heck, Philipp	Grundriß des Sachenrechts, 1930
Henke-Mönch-Horber	Grundbuchordnung, 7. Aufl. 1962
Herold, Otto	Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken ZBl. FG Bd. 4 S. 695 Bd.10 S. 177
Hesse-Saage-Fischer	Grundbuchordnung, 4. Aufl. 195
Hieber, Hans	Zur Bestellung der Eigentümergrundschuld, DNZ 1958 S. 381
Hirsch, Hans	Die vorläufige Eigentümerhypothek - Beitrag zur Lehre von den Wirkungen werdender Rechte, Arch. f. bürg. R. Bd.2 S. 222
Hirsch, Richard	Übertragung der Rechtsausübung Gruch. Beitr. Bd. 49 S. 766
Hirschfeld, Otto	Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück, 1913
Horber	Anmerkung zu Landgericht Breme v. 31.8.1954, NJW 1955 S. 184
Horn, Richard	Die Eigentümerhypothek. Studiu zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts. Herausgegeben v. Rudol Leonhard 1906, Leonhards Studium Heft 19
Jacoby	Eigentümerhypothek des BGB, Seuff. Bl. Bd. 71 S. 245
Jäger-Lent	Konkursordnung 8. Aufl. 1958
Jaffé, Leo	Die Rechtsnatur der Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung, Diss. Greifswald 1918

Jaschwinski, H.	Zur Problematik der Vor- u. Zwischenfinanzierung beim Wohnungsbau. In "Probleme der Wohnungsbaufinanzierung". Schriften des Instituts für Wohnungsrecht und Wohnungswirtschaft an der Universität Köln, 1958. Stichwort "Zwischenfinanzierung" in Bausparer-ABC 1958 Die Bedeutung des Wohnungsbauzwischenkredits. Der langfristige Kredit 1956, S. 367
v. Jhering, Rudolf	Passive Wirkung der Rechte, Jher. Jahrb. Bd. 10 S. 387
Jeppe, L.	Eigentümerhypothek und Grundschuld, LZ 1907, S. 898
Johanniemann, H.	Wandlungen des Wohnungsbauzwischenkredits, Zeitschr. f.d.ges. Kredit 1954, S. 682
Kämper	Privates Bausparwesen 1950, S. 24
Kaps, Franz	Eigentümerhypothek und Grundeigentum, DR 1943, S. 427
Kindel, Wilhelm	Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, Festschrift für Richard Koch, 1903, S. 75
Klee, Hans Joachim	Eigentümergrundschuld oder Fremdgrundschuld? NJW 1951, S. 579
Knöchlein	Die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB und ihre Beziehungen zur Eigentümergrundschuld, Bl. f. Grst.- Bau- u. Wohnr. 1958 S. 193
Koch, Arwed	Pfändbarkeit des Kreditanspruchs, JW 1933 S. 2757

Kohler, Josef	Bürgerl. Recht, Bd. 2, Sachenrecht 1919
Krahn, Arnold	Technik des Bausparwesens, 1955
Kreller, Hans	Die Zukunft des Eigentümerpfandrechts, DRW 1942 S. 82
Kretzschmar	Ein Beitrag zur Lehre von der Eigentümerhypothek, ZBL. FG Bd. 4 S. 195
	Die Höchstbetragshypothek be der Zwangsversteigerung des Grundstücks u. im Konkurse d Bestellers ZBlFG Bd. 15 S. 3
Küchler, Kurt	Sicherungsgrundschuld, Diss. Marburg 1939
Lange, Bruno	Die Eigentümerhypothek nach dem BGB, Diss. Tübingen 1901
Larenz, Karl	Lehrbuch d. Schuldrechts Bd. II 5. Aufl. 1962
Lent, Friedrich	Die Rechtsstellung des Gläub gers der Hypothek für eine künftige Forderung, ZADR 193 S. 37, DNZ 1937 S. 386
Lent, Friedrich	Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief, DNZ 1937 S. 723 und DNZ 1938 S. 133
Leonhard, Alfred	Die Eigentümerhypothek, Arch f. Bürgerl. Recht, Bd. 35 S.
Lübbert, E.	Der Kreditvertrag, Jher. Jah Bd. 52 S. 313
Mayer, Paul	Pfändung der Eigentümerhypot Gruch. Beitr. Bd. 56 S. 525

Meise, Agnes	Probleme zur nicht valutierten Hypothek, JW 1936, S. 627
Morgenroth, H.	Sicherstellung von Bauzwischenkredit durch Abtretung der Eigentümergrundschuld, Diss. Jena 1939
Motive	Zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Dt. Reich, Bd. III Sachenrecht 1888
Obermair, Max	Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels der Hypothekenvalutierung, DNZ 1936 S. 659
Obermair, Max	Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld, JW 1937 S. 79
Oberneck	Die Pfändung der Eigentümerhypothek, Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 351
Oberneck	Über die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners, LZ 1907 S. 369
Oberneck	Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 306
Oberneck	Inwieweit kann eine nichtvalutierte Hypothek auf Anweisung des Eigentümers durch den formell eingetragenen Hypothekengläubiger an einen dritten Valutageber rechtswirksam abgetreten werden? DNZ 1909 S. 625
Oertmann, Paul	Die Rechtsbedingung (conditio iuris), 1924
Oertmann, Paul	Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 113, S. 51

Palandt	Bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar 22. Aufl. 1963
Planck's Kommentar	zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. I Allg. Teil, 4. Aufl. 1913 Bd. III Sachenrecht 5. Aufl. 1933, 1. u. 2. Hälfte
Prölss, Erich	Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz 3. Aufl. 1961
Protokolle	der Kommissionen für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III 1899
Quincke	Sicherung von Bauzwischenkredit ZADR 1936 S. 1086
Raiser, L.	Dingliche Anwartschaften, 1961
Recke	Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld JW 1937 S. 81 JW 1936 S. 3221
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum BGB 11. Aufl. Bd. I 1. Teil 1959, 11. Aufl. Bd.II 1. Teil 1959, 2. Teil 1963
Reinhard	Über die Behandlung der Maximalhypothek bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses Recht 1902 S. 31
Riedel, Fritz	Über die Eintragung von Löschungsvormerkungen u. ergänzenden Sicherungsrechten, DNZ 1956 S. 344
Ripfel, Franz	Die Eigentümeranspruche gegen den Grundschuldgläubiger und ihre Sicherung, DNZ 1957 S. 518
Sattelmacher, Paul	Grundriß-Kommentare, 3. Buch Sachenrecht 1936

Schmidt, O.	Probleme der Vor- und Zwischenfinanzierung des Wohnungsbaus. Blätter f. Grdst.- Bau- u. Wohnr. 1954, S. 50
Schmitt, E.	Die Zwischenfinanzierung von Bausparverträgen. Zeitschr. f. d. ges. Kreditw. 1959 S. 228
Schmitt-Ernsthausen	Das nichtvalutierte Grundstückspfandrecht, seine Pfändung, deren Sicherung und Grundbucheintragung, JW 1933, S. 668
Schneider, Michael	Der Zwischenkredit aus der Sicht der Wohnungswirtschaft. Der langfr. Kredit 1956, S. 371
Scholz, J.	Die Zwischen- und Vorfinanzierung beim Eigenheimbau von Bausparern. Die Volksheimstätte 1957, Heft 6 S. 19
Semmelmann, Richard	Beiträge zum prakt. Recht der Eigentümerhypothek, Diss. Erlangen, 1906
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I Allg. Teil 1959, Bd. II Schuldrecht 1962, Bd. III Sachenrecht 1960
Sohm, Rudolf	Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des bürgerl. Gesetzbuches, 1905
Soltau, W.	Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief, DNZ 1938 S. 73
Sottung, Rudolf	Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld, Diss. München 1955
Staudinger	Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. III, Sachenrecht, 11. Aufl. 1. Teil 1956, 2. Teil 1963

Statistisches	Jahrbuch für die Bundesrepu blik Deutschland, 1962
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeß- ordnung, 18. Aufl., 1. Bd. 1953, 2. Bd. 1956
Sternberg, Leo	Die Hypothek für eine künft oder eine bedingte Forderun Jher. Jahrb. Bd. 62, S. 377
Strohal, Emil	Die Behandlung der nichtval tierten Grundschuld in der Zwangsversteigerung, Jher. Jahrb. Bd. 59, S. 149
Thieme, Paul	Grundbuchordnung, 4. Aufl.
Thierbach, K.	Die Zwischenfinanzierung im Wohnungsbau. Drei Abhandlun über Finanzierung des Wohnu baus u. Städtebauprobleme. Materialsammlung der Forsch stelle für Siedlungs- u. Wo nungswesen an der Universit Münster 1933, S. 27 ff.
Thümmler, Werner	Die vorläufige Eigentümergr schuld als Sicherheit für d Zwischenkredit, Bank-Archiv 1938, S. 470
Thümmler, Werner	Die Sicherstellung von Bau- zwischenkrediten im Zusamme hang mit der Frage des Gläu bigerwechsels vor der Hypot kenvalutierung, DNZ 1936, S
v. Tuhr, Andreas	Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts 1. Bd. 1910 2. Bd. 1914
Turnau-Förster	Liegenschaftsrecht 3. Aufl.
Uhl, Horst	Die vorläufige Eigentümergr schuld als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Diss. Götti 1949

Walberer, Hans	Die Zwischenkreditsicherung durch Abtretung der sog. vorläufigen Eigentümergrundschuld, DNZ 1956, S. 229
Warneyer-Bohnenberg	Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch 12. Aufl. 1951
Watermann, Rolf	Die Zwischenfinanzierung von Wohnungsbauvorhaben. Schriften des Instituts für Wohnungsrecht und Wohnungswirtschaft an der Universität Köln 1960
Weber, L.	Die öffentl. Bausparkasse und ihre Bedingungen. Sparkassenhefte Nr. 2, 4. Aufl. 1961
Weber, Oskar	Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief, DNZ 1938 S. 69
Westermann, H.	Sachenrecht, 4. Aufl. 1960
Wieacker, Franz	Bodenrecht 1938
Wörbelauer, Herbert	Die nichtvalutierte Eigentümergrundschuld (Löschungsvormerkung und Hypothek), NJW 1958, S. 1513
Wörbelauer, Herbert	Die verhinderte Eigentümergrundschuld (Löschungsvormerkungen und Sicherungsgrundschuld), NJW 1958, S. 1705
Zippel, E.	Der Zwischenkredit der Sparkassen. Sparkasse, 1955 S. 381

DIE HYPOTHEKARISCHE ZWISCHENKREDITSICHERUNG

A Umfang und Bedeutung des Zwischenkredits

I. Arten der Baukredite

Die Durchführung eines Bauvorhabens ist in erster Linie von der Möglichkeit seiner Finanzierung abhängig. Kaum ein Bauherr hat heute die notwendigen Eigenmittel. Deshalb ist er auf fremdes Kapital angewiesen. Dieses wird ihm zu ganz verschiedenen Bedingungen ausgeliehen, je nach Dauer und Höhe der Schuldtilgung. Zweckmäßigerweise legt der Bauherr in einem sogenannten Finanzierungsplan den Umfang der benötigten Mittel und den Zeitpunkt, zu dem sie ihm zur Verfügung stehen müssen, fest. Dabei wird er zwischen langfristig und kurzfristig benötigtem Kredit unterscheiden.

a) Langfristiger Kredit

Nach der Grundfinanzierungsregel sollen sich die Aufnahme der Mittel und ihre Verwendung zeitlich entsprechen. Ein normal genutztes Gebäude, so insbesondere ein Wohnhaus, ist ein langlebiges Wirtschaftsgut mit einer Nutzungsdauer von rund 100 Jahren. Dementsprechend werden die zur Erstellung von Bauvorhaben verwendeten Mittel langfristig benötigt. Die mangels Eigenmittel notwendigen langfristig angelegten Fremdmittel müssen auf dem allgemeinen Kapitalmarkt von den Kapitalsammelstellen beschafft werden. Als Geldgeber des organisierten Realkredits sind die Sparkassen, Realkreditinstitute und die Versicherungsunternehmen zu nennen. Im Zuge der Wohnungsbauförderung stellt ferner der Staat lang-

fristige Fremdmittel in großem Ausmaß zur Verfügung[1]. Die Gesamtfinanzierung des Wohnungsbaues in der Bundesrepublik wurde mit folgenden Mitteln durchgeführt (in Mrd. DM)[2] siehe Seite 24).

b) Kurzfristiger Kredit, Zwischenkredit, Begriff

Im Gegensatz zu den langfristigen Mitteln stehen die im Zuge einer Bauausführung kurzfristig hergegebenen Gelder. Mit der Zusage der Auszahlung des langfristig auszuleihenden Kapitals durch die Kapitalgeber ist die reibungslose Bauausführung nicht immer sichergestellt. Bereits während der Bauerstellung besteht zur Begleichung verschiedener fälliger Forderungen ein laufender Geldbedarf[3]. Hierfür können die langfristig zugesagten Mittel nicht verwendet werden, weil sie bei Baubeginn aus verschiedenen Gründen nicht zur Verfügung stehen, denn als Auszahlungszeitpunkt dieser Kredite wird in der Regel die Baufertigstellung vereinbart. Bis dahin hat der Bauherr seinen Geldbedarf durch Inanspruchnahme kurzfristigen Kredits zu befriedigen, eben durch einen "Zwischenkredit". Als Zwischenkredite werden im folgenden nur solche bei der Ausführung eines Bauvorhabens ausgeliehenen mittel- oder kurzfristige Kredite verstanden, deren Ablösung durch im Zeitpunkt der Kredithergabe bereits feststehende Kapitalgeber als gesichert angesehen werden kann[4].

---

1) vgl. hierzu das zweite Wohnungsbauges. v. 27.6.56 (BGBl I. S. 523 und seine Durchführungsverordnungen sowie die Bestimmungen über die Förderung des sozialen Wohnungsbaues in den einzelnen Ländern.

2) Geschäftsbericht der Deutschen Bau- u. Bodenbank f.d. Jahr 1963

3) vgl. unter b) Seite 32 ff.

4) Sinngemäß ebenso Jaschinski, Der langfristige Kredit, 1956, S. 367, Watermann, S. 11

Bundesgebiet ohne Berlin, ab 1960, einschließlich Saarland, Auszahlungen in Mrd. DM

	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963
insgesamt	10,0	10,4	11,1	13,5	15,7	17,8	19,8	21,1
Kapitalmarktmittel	5,0(50%)	4,8(46%)	5,5(50%)	7,5(56%)	9,1(58%)	10,4(59%)	12,1(61%)	13,5(64%)
öffentliche Mittel	3,2(32%)	3,2(31%)	3,5(31%)	3,9(29%)	4,0(25%)	3,8(21%)	4,6(23%)	4,6(22%)
sonstige Mittel	1,8(18%)	2,4(23%)	2,1(19%)	2,1(15%)	2,6(17%)	3,6(26%)	3,1(16%)	3,0(14%)
Fertiggestellte Wohnungen (Bundesgebiet und Berlin, ab 1957 einschl. Saarland)	580 000	561 000	518 000	590 000	575 000	565 000	573 000	570 000 (vorläufig)

c) Vorfinanzierungskredit

Nicht um Zwischenfinanzierung, sondern um Mittel der Vorfinanzierung handelt es sich deshalb bei Gewährung von Darlehen, bei denen die Ablösung des Kredits durch bereits fest zugesagte, langfristige Dauerfinanzierungsmittel nicht gesichert ist[1]. Die nicht seltenen Vorfinanzierungsdarlehen werden dann praktisch bedeutsam, wenn Mietvorauszahlungen oder Baukostenzuschüsse erst nach Fertigstellung des Rohbaues und nach Besichtigung der Räume von den Mietsparteien bezahlt werden oder wenn beim Bau von Eigentumswohnungen bei Baubeginn noch nicht alle zukünftigen Wohnungseigentümer gefunden sind oder vorhandene Bewerber ihre Eigenmittel noch nicht zur Verfügung stellen wollen.

d) Abgrenzung

Nicht immer steht schon im Zeitpunkt der Aufnahme eines kurzfristigen Kredits dessen Ablösung durch langfristige Mittel mit Sicherheit fest. So ist es möglich und denkbar, daß der zukünftige Hypothekengläubiger zwar grundsätzlich die Ablösung zugesagt hat, jedoch noch kein fester Termin hierfür bestimmt ist oder dieser an die Bedingung geknüpft ist, daß die Pfandbriefe abgesetzt werden können. In diesem Fall würde nach Verkauf der Schuldverschreibungen die bedingte Zusage zur endgültigen werden und der Vorfinanzierungskredit zum Zwischenkredit.

---

1) Vgl. hierzu O. Schmidt, Bl.f.Gr.-Bau- u. Bod.R. 1954, S. 50 ff., der hier von der zeitlichen Vorwegnahme durch Geldmarktmittel eines am Kapitalmarkt noch nicht realisierten Sparvorgangs spricht. Zur konjunkturpol. Auswirkung Jaschinski, Gemeinnütziges Wohnungswesen 1956, Heft 5 u. 6, Schneider, Der langfristige Kredit 1956, S. 371

Auch bei der Bevorschussung von Bausparverträgen können ver schiedenartige Kredite zum Zuge kommen. Dabei erstreckt sich die Bevorschussung unter Umständen sowohl auf das vom Sparer eingezahlte Bausparguthaben als auch auf das zu erwartende Bauspardarlehen. Beide bevorschußte Kapitalien sind Teile der dem Bausparer zur Verfügung stehenden Dauerfinanzierungsmittel, sobald der Bausparvertrag zugeteilt wird. Hält man streng an dem Erfordernis fest, daß der Zwischenkredit nur für die Ablösung fest zugesagter Mittel ausgeliehen wird, so würde es sich bei der Bevorschussung von Bausparverträgen um Vorfinanzierung handeln, da die Bausparkasse noch keine rechtlich verbindliche Zuteilung der Bausparsumme ausgesprochen hat[1]. Dabei wird aber übersehen, daß in der Regel nur solche Bausparverträge bevorschusst werden, bei denen der Sparer das Mindestguthaben geleistet hat und auch die Zuteilung innerhalb einer gewissen Zeitspanne mit einiger Sicherheit erwartet werden kann. Zudem hat der Bausparer nach Leistung seiner vorgeschriebenen Sparraten nach dem Bausparvertrag einen unkündbaren Anspruch auf Gewährung des Bauspardarlehens. Die Bausparkasse darf nur dann die Auszahlung verweigern, wenn der Empfänger "kreditunwürdig" geworden ist oder keine genügende Sicherheit anzubieten hat, Vorbehalte, von denen auch der Hypothekengläubiger seine Darlehenszusage abhängig macht. Steht dem Bausparer daher bei Erfüllung seiner Verpflichtungen auch schon vor Zuteilung der Sparsumme ein Anspruch auf Auszahlung der Barmittel zu, so kann der durch sie abzulösende vorübergehend aufgenommene Kredit als echter Zwischenkredit betrachtet werden[2].

---

1) So Kämper, S. 24 ff.

2) Jaschinski, Bauspar BBC, S.110 ff., Fischer-Dieskau Volkswirt 1958, Beilage zu Heft 42, S.39 ff. Dagegen beschränkt Scholz, Volksheimstätte 1957, S.19 ff., den Zwischenkredit auf das seiner Höhe nach bestimmte, zuzuteilende Sparguthaben. Vorzufinanzieren sei dagegen "das in seiner Höhe noch nicht feststehende spätere Bauspardarlehen, das aus der künftigen Sparkraft eines in seine Zusammensetzung unbekannten Personenkreises aus Anspar- und Tilgungsleistungen aufzubringen ist". Nicht klar trennt dagegen Schmitt, Ztschrift f.d.ges.Kreditw. 195 S. 208, u. 318 ff.

II. Notwendigkeit der Zwischenfinanzierung

Das Bedürfnis nach Zwischenkredit entsteht durch den späten Auszahlungstermin der Dauerfinanzierungsmittel und den Geldbedarf des Bauherrn zur Abdeckung der frühzeitig mit der Bauausführung laufend anfallenden Kosten. Nur wenn sich beide Zeitpunkte so zueinander hinbewegen ließen, daß sie praktisch zusammenfielen, könnte der Bauherr eines Überbrückungskredits entraten.

a) Auszahlung der Dauerfinanzierungsmittel

Hat der Bauherr einen langfristigen Kreditgeber ermittelt, so wird in der Regel diesem sofort auf Grund des Darlehensvorvertrages eine Hypothek bestellt und ihm der Brief übergeben. Als Auszahlungszeitpunkt wird die Baufertigstellung vereinbart, da erst dann der Bauherr ein vollwertiges Objekt zur Sicherheit anzubieten hat. Das hindert aber den Darlehensgeber nicht, im Bedarfsfalle bereits während der Bauzeit nach Erreichung eines bestimmten Bauabschnitts Teilvalutierungen an den Bauherrn vorzunehmen. Als solche "Baustände" gelten die Rohbauabnahme, Fertigstellung der Schreiner- und Installationsarbeiten, die Bezugsfähigkeit und die Erteilung der Schlussabrechnung. Bei der Durchführung der Teilauszahlungen verfahren die Kreditgeber je nach ihrer Aufgabe verschieden.

1. Hypothekenbanken

Für die Tätigkeit der Hypothekenbanken ist das Hypothekenbankgesetz in der Fassung vom 5.2.1963 maßgebend (BGBl. I, S. 81). Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte die Darlehensgewährung aus den Mitteln des Grundkapitals erfolgen und dann erst die Refinanzierung durch Ausgabe der Hypothekenpfandbriefe. Deshalb wird in § 1 des Hypothekenbankgesetzes (HypBG) die Beleihung von Grundstücken zuerst genannt. Auf Grund der erworbenen Hypotheken sollen dann erst im Sekundärgeschäft die Schuldverschreibungen ausgegeben werden. Dieser Geschäftsablauf hat sich bei Ausführung der großen Bauprogramme nach dem Kriege umgekehrt, so daß die Banken überwiegend dazu genötigt sind, sich bereits vor Gewährung der Darlehen die dazu nötigen Mittel durch den Verkauf von Pfandbriefen zu verschaffen. Deshalb haben die Hypothekeninstitute bei der Kredithergabe vorrangig auf die Sicherung der Pfandbriefgläubiger zu achten. Die Beleihung von Grundstücken ist nur bis zu den ersten drei Fünfteln des Wertes zulässig; § 11, Abs.2, HypBG. Für die Wertfeststellung ist auch der Ertrag zu berücksichtigen. Da ein solcher erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens zu erwarten ist, unterliegt die Beleihung noch nicht fertiggestellter Neubauten einer besonderen Beschränkung nach § 12 Abs. 3 HypBG.

Auf der anderen Seite ist die Hypothekenbank bestrebt, die durch den Verkauf der Pfandbriefe erlangten Mittel nicht zu lange zurückzuhalten, da sie bereits ab dem Zeitpunkt des Verkaufs die Zinslast trägt. Die Banken sehen daher auf eine möglichst baldige, wenigstens ratenweise Auszahlung der zugesagten Hypotheken vor Baufertigstellung. Die erste Rate wird dann in Höhe von rund 40 - 50 % des zugesagten Darlehens nach Abnahme des mangelfreien Rohbaus und dem Abschluß der Brandversicherung ausbezahlt. Nach Vollendung der Schreiner- und Installationsarbeiten erfolgt die Aus-

zahlung der zweiten Rate von 20 - 30 %, der Rest schließlich nach Erteilung des Gebrauchsabnahmescheines und der Erfüllung sonstiger, vom Bauherren gemachter Zusagen. Dieses Verfahren birgt naturgemäß für die Banken ein zusätzliches Risiko und es ist daher verständlich, wenn bei nicht ganz vertrauenswürdigen Kreditnehmern die Valutierung erst bei Fälligkeit des gesamten Darlehensbetrages nach Vorlage des Gebrauchsabnahmescheines erfolgt.

2. Versicherungsunternehmen

Die Beleihung von Grundstücken durch Versicherungsunternehmen ist im wesentlichen auf Lebensversicherungsanstalten beschränkt, da die den Sachversicherern zufließenden Geldbeträge überwiegend nur kurzfristig festgelegt werden können. Die Verwendung des Prämienkapitals liegt aber nicht im Belieben der Versicherer. Sie hat nach den Bestimmungen der §§ 68 und 69 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) in der Fassung vom 28.2.1955 (BGBl. I, S. 85) und den Beleihungsrichtlinien zu erfolgen. Ein ausdrückliches Verbot der Beleihung noch nicht fertiggestellter Neubauten begründet § 69 Abs. 3 VAG; ebenso die bis 1954 wirksam gewesenen Beleihungsgrundsätze für die Beleihung und die Ermittlung des Wertes inländischer städtischer Grundstücke[1]. Erst die neuen Richtlinien bringen ab 1955 eine Durchbrechung, insofern nach deren § 4 bei Beleihung noch nicht fertiggestellter Bauten das Darlehen entsprechend dem Baufortschritt ausgezahlt werden kann, wenn das bewilligte Darlehen ausreicht, um das Gebäude fertigzustellen und seinem Benutzungszweck zuzuführen. Ferner kann nach dieser

1) Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherungen, 1904, S.43 mit den Änderungen von 1924, S.13 und 1926, S.93

Bestimmung das bewilligte Darlehen vor Fertigstellung des Gebäudes ausbezahlt werden, wenn die Finanzierung nach pflichtgemäßem Ermessen des Vorstandes des Versicherungsunternehmens anderweitig sichergestellt ist[1].

Diese Lockerung hat aber zunächst nicht dazu geführt, daß die Versicherungen vor Vollendung der Neubauten zu Teilvalutierungen übergingen. Erst der wachsende Konkurrenzdruck erzwang eine freiere Handhabung der Teilauszahlungen, die dennoch auf gute und vertrauenswürdige Kunden beschränkt bleibt[2]. Das hängt damit zusammen, daß die Hypothekenausgabe bei den Versicherungen nur untergeordnete Bedeutung einnimmt. Zudem fehlt ihnen oft das sachkundige Personal und der Verwaltungsapparat zur Überwachung der Bauerstellung um den mit der Teilauszahlung verbundenen Risiken begegnen zu können.

3. Sparkassen

Die weiter als Hypothekenkreditgeber in Betracht kommenden Sparkassen erweisen sich bei der Teilauszahlung am beweglichsten. Ihre Beleihungssätze lassen die Teilvalutierung dann zu, wenn ausreichende Sicherheiten vorhanden sind[3].

---

1) Diese Regelung ist unverändert in den neuesten Beleihungsrichtlinien für Grundstücke und Schiffe vom 28.2.1963 beibehalten (Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen 1963, S.19 ff).

2) Frühester Auszahlungstermin ist der der Fertigstellung des Rohbaues. Zu den Raten im einzelnen vgl. Prölss, VAG § 68 Anm.3, z, c, und Beleihungsrichtlinien Anm.c und § 69 VAG.

3) Die Darlehensbedingungen der Städt. Sparkasse Stgt. sehen Teilauszahlungen nach einer bestimmten Bauratenberechnung (bis zu 11 Raten) vor. Die Fertigstellung eines bestimmten den jeweiligen Raten zugrundeliegenden Bauabschnittes hat der Bauherr sich vom Baurechtsamt bescheinigen zu lassen, worauf die Auszahlung der Baurate durch die Sparkasse erfolgt.

Die einzige Einschränkung besteht darin, daß nur die im Geschäftsbezirk gelegenen Grundstücke beliehen werden[1]. Dies erleichtert andererseits auch die Teilauszahlung, da die Kredite an einen der Kasse bekannten Personenkreis gelangen und die Kreditsachbearbeiter die Möglichkeit der eigenen Nachprüfung durch die laufende Besichtigung und Kontrolle des Baugrundstücks haben. So ist es oft nur eine Restsumme von 10 % des gesamten Kredits, der erst nach Vorlage des Gebrauchsabnahmescheines zur Auszahlung gelangt.

4. Staatliche Kreditanstalten

In der Wohnungsbaufinanzierung hatte nach dem Kriege die Bereitstellung von öffentlichen Mitteln durch Bund und Länder entscheidenden Anteil. Die Auszahlung erfolgte entweder durch Behörden des Staates oder besonders damit betraute Anstalten. Um die Baukosten möglichst nieder zu halten und deshalb auch Zinsen für die Zwischenkredite auszuschalten, erfolgt die Auszahlung entsprechend dem Baufortschritt frühzeitig und großzügig, auch schon zu Beginn der Bauarbeiten vor Fertigstellung von bestimmten Bauteilen, sobald das Landesdarlehen grundbuchmäßig gesichert ist[2].

---

1) vgl. z.B. § 1 Abs.3 und § 30 Abs.5 der Satzung der Städt. Sparkasse Stgt. vom 3.1.1958

2) In Baden-Württemberg z.B. erfolgt die Auszahlung durch die Landeskreditanstalten in Stuttgart und Karlsruhe. Die ratenweise Auszahlung ist die Regel, vgl. die Wohnungsbauförderungsbestimmungen 1962, Gemeinsames Amtsblatt 1962, S.57 in der Fassung des Änderungserlasses vom 27.2.1963, Gem.Amtsbl. 1963, S.153. Das Risiko für die Anstalt wird ferner durch die hälftige Bürgschaft der jeweiligen Gemeinde oder Stadt vermindert, in der das Bauvorhaben ausgeführt wird, (§ 11 Abs.1 des Württ. Wohnungsbürgschaftsges. vom 30.5.1919, RgBl. 1919, S.131) sowie durch die volle Bürgschaft nach §§ 765 ff BGB für einen Betrag von 90 v.H. der Darlehen, und zwar so lange, bis die den Richtlinien der Anstalt entsprechende, im späteren Bewilligungsbescheid vorgeschriebene, dingliche Sicherstellung erfolgt ist.

5. Bausparkassen

Als weitere langfristige Kreditgeber sind die Bausparkassen zu nennen. Unter der Voraussetzung, daß der Bausparvertrag zugeteilt worden ist, zahlen die Bausparkassen ohne weiteres die Bausparsummen ratenweise nach dem Stand der Bauausführun Dies gilt sowohl für die öffentlichen wie die privaten Bausparkassen[1].

b) Anfall der Baukosten

Zwischen Bauherrn und Bauhandwerkern werden Werk- bzw. Werklieferungsverträge abgeschlossen. Die abdingbaren Vorschriften des BGB sind dabei gewöhnlich durch Sondervereinbarungen ersetzt, jedenfalls ist § 641 BGB ausgeschlossen, der die Vergütung des Werkes durch den Besteller bei Abnahme festlegt, so daß die Finanzierungslast während der Herstellungszeit von den Bauhandwerkern abgewälzt wird. Diese sind vielmehr, da die Ausführung des Bauauftrags geraume Zeit in Anspruch nimmt, auf zwischenzeitliche Zahlungen des Bauherrn angewiesen. Die am Bau beteiligten Betriebe sind stark lohnintensiv; wöchentlich werden Mittel zur Bezahlung der Arbeiter benötigt. Bis zur ersten Abrechnung investiert der Bauunternehmer einen hohen Prozentsatz seines Betriebsvermögens im begonnenen Bau für einen einzigen Auftraggeber. Daher fehlen ihm auch die zur Aufnahme eines Bankkredits erforderlichen Sicherheiten. Der dadurch entstehenden Knappheit von flüssigen Mitteln will Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) begegnen, der die allgemeinen

1) Für die öffentl. Bausparkassen vgl. Muster der Spar- und Darlehensbedingungen § 10 Abs.2 letzter Satz bei Weber S. 106, sowie § 18 Abs.1 S. 2 der Musterbedingungen für private Bausparkassen bei Weber, S. 118.

Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen bei Bauten der öffentlichen Hand enthält. In dessen § 16 Ziff. 4 ist festgelegt, daß alle Zahlungen aufs äußerste zu beschleunigen sind. Der Auftraggeber ist nach Ziff. 1 dieser Bestimmung auf Antrag des Auftragnehmers zur Leistung von Abschlagszahlungen in Höhe der jeweils nachgewiesenen vertragsmäßigen Leistungen in möglichst kurzen Zeitabständen binnen 6 Werktagen und Einreichung der Aufstellung über die getätigten Leistungen verpflichtet. Demnach hat der Bauhandwerker einen Anspruch auf Leistung von Abschlagszahlungen, wobei Skontoabzüge unzulässig sind (§ 16 Ziff. 4 VOB).

Der Architektenvertrag unterscheidet sich im Punkt der Abschlagszahlungen kaum von dem der Bauhandwerker. Auch der Architekt ist längere Zeit nur für einen oder nur wenige Bauherrn tätig. Höhe und Umfang seiner Gebührenberechtigung sind in der Gebührenordnung für Architekten (GOA) festgelegt. Gemäß § 21 GOA ist der Architekt nach dem jeweiligen Stand seiner Leistungen zur Forderung von Teilbeträgen berechtigt, wovon er in der Regel Gebrauch macht und auch machen muß.

Unschwer wird ersichtlich, daß der Zeitpunkt, zu dem der Bauherr alle die im Zusammenhang mit der Bauerstellung entstehenden und fälligen Forderungen befriedigen muß, nicht oder nur selten mit dem der Auszahlung oder auch Teilauszahlung der Hypothekensumme durch den Gläubiger zusammenfällt. Die Überbrückung dieser Zeitspanne muß durch den Zwischenkredit erfolgen[1].

---

1) Zur Ermittlung des Zwischenkreditbedarfs genauer vgl. Watermann, S. 27.

Die zeitliche Diskrepanz liegt zunächst bei der Finanzierung der ersten Hypothek durch Versicherungsunternehmen vor, die in der Regel auch heute noch nur zögernd teilweise valutieren. Soweit für die erste Hypothek die Sparkassen und Hypothekenbanken aufkommen, ist trotz ratenweiser Auszahlung der Bauherr oft zur Aufnahme eines Zwischenkredits genötigt. Die Teilauszahlungen erfolgen spätmöglichst nach Beendigung des entsprechenden Bauabschnitts, die Baukosten fallen jedoch, wie gezeigt, wesentlich früher an. Unter Umständen kommt es auch zu einer Verzögerung der Teilauszahlungen z.B. dann, wenn der Hypothekar noch nicht ins Grundbuch eingetragen werden kann, weil die Berichtigung auf den Eigentümer oder die Löschung anderer Belastungen noch nicht erfolgte. Auch bei der Erlangung der amtlichen Bescheinigungen (Rohbauabnahme- und Gebrauchsabnahmescheine) können unvorhergesehene Verzögerungen eintreten. Die Erfüllung der inzwischen entstandenen Verpflichtungen wird der Bauherr nicht länger hinausschieben können, insbesondere dann nicht, wenn er darauf bedacht ist, sein Bauvorhaben so schnell wie möglich zum Abschluß zu bringen.

Auch bei der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel kann der Bauherr dann auf Zwischenkredit angewiesen sein, wenn bis zur Genehmigung seines Kreditantrags noch einige Zeit vergeht, er aber bis zum Abschluß des Verfahrens und der Auszahlung der ersten Rate nicht länger warten will oder kann. Zwischen der Einreichung des Antrags und seiner Entscheidung durch Bewilligungsbescheid liegen im allgemeinen mehrere Monate, da verschiedene Dienststellen mit der Prüfung des Antrags befaßt werden. Dieser Zeitraum verlängert sich, wenn die für das laufende Haushaltsjahr eingesetzten Mittel erschöpft sind und die Bewilligung weiterer Summen erwartet werden muß. Schließlich ergibt sich die Notwendigkeit der Aufnahme eines Zwischenkredits auch dann, wenn Hypothekengläubigerin eine Bausparkasse ist. Die Zuteilung eines Bausparvertrages erfolgt erst nach Ablauf der Warte-

zeit. Ihre Dauer ist verschieden lang, je nach der Höhe der Spar- und Tilgungsleistungen[1]. Jedenfalls beträgt die Mindestwartezeit bei allen Kassen 18 Monate. Viele Bauherren wollen nun sofort bei Abschluß des Bausparvertrags mit dem Bau beginnen, da die Wohnungsnot drückt, die Baupreise in ständiger Bewegung sind, die schleichende Geldentwertung die sofortige Anlage der Ersparnisse verlangt und auch steuerlichen Vergünstigungen die Gefahr der Aufhebung droht bzw. ihr Wegfall bereits beschlossen ist[2].

III. Die wichtigsten Zwischenkreditinstitute und ihre Kreditvolumen

1. Spezielle Zwischenkreditinstitute

Der Schwerpunkt der Zwischenkredithergabe liegt bei einigen Spezialinstituten, die sich durch ihre lange Tätigkeit besondere Erfahrungen ansammeln konnten, sich einen sachkundigen Mitarbeiterkreis herangebildet und auch geeignete Verfahren zur Durchführung der Ausleihungen und Sicherung der Kredite entwickelt haben[3]. Daneben befassen sich auch noch die übrigen Banken mit der Hergabe von Zwischenkrediten.

Die Deutsche Bau- und Bodenbank hatte schon nach dem ersten Weltkrieg unter staatlicher Mitwirkung durch Zwischenkredite die Bauwirtschaft anzukurbeln. Nach 1945 fielen dieser Bank mit einem über das ganze Bundesgebiet verstreuten Filialnetz ähnliche Aufgaben zu[4]. Bis 1955 wurden von dieser

---

1) Vgl. hierzu eingehend Krahn, S. 39 ff.

2) Gesetz zur Einschränkung des § 7 b Einkommensteuergesetz vom 16.5.1963, BGBl. I, S. 319.

3) Watermann spricht in Anlehnung an die Vokabel des "organisierten Realkredits" vom "organisierten Zwischenkredit".

4) Fischer-Dieskau, Der langfristige Kredit, 1956, S. [illegible]

Bank für den Wohnungsbau über 1 Mrd. DM an Zwischenkrediten ausgeliehen. Die Geschäftsentwicklung ab 1954 läßt sich folgenden Daten entnehmen[1]: (in Mill. DM)

Geschäftsjahr:	1954	1955	1956	1957	1958
Kreditzusagen:	246,2	326,0	350,5	429,5	394,2
Kreditauszahlungen :	199,6	250,2	292,9	345,6	302,8

Geschäftsjahr:	1959	1960	1961	1962	1963
Kreditzusagen:	516,1	622,5	744,3	792,9	902,2
Kreditauszahlungen :	375,6	452,8	586,1	609,6	689,8

Das vorübergehende Nachlassen der Geschäftsausdehnung im Jahre 1958 rührt nach Ansicht der Bank daher, daß die Zwischenkredite auf die ersten Hypotheken der Banken und Sparkassen deshalb zurückgegangen sind, weil sich diese offenbar in zunehmendem Maße selbst mit der Zwischenfinanzierung befassen.

Die Bauvereinsbanken, von denen die Bauvereinsbank eGmbH, Dortmund, und die Bayerische Bauvereinsbank eGmbH, München, zu nennen sind, sind die Hausbanken der Bauvereine und Baugenossenschaften, die ursprünglich ihre flüssigen Gelder bei Banken und Sparkassen anlegten, aber bei der Aufnahme von Krediten immer wieder auf Schwierigkeiten stießen. Über die so geschaffenen eigenen Banken lassen sich die Kreditbedürfnisse der Mitglieder leichter abwickeln.

Die Aktien der westdeutschen Kreditbank für Baufinanzierung AG, Köln, sind im Besitz von mehreren großen Versicherungsunternehmen und der westdeutschen Finanzierungs-GmbH. Diese beschafft erststellige Hypotheken, die von der Kreditbank zwischenfinanziert werden. Die Geschäftsentwicklung der Bank ergibt sich aus folgenden Zahlen:

---

1) Geschäftsbericht der Bank 1963

Bilanzsumme 1952 2,6 Mill., 1958 36 Mill.
Ausleihungen 1958 rd. 30,9 Mill.

Davon entfiel etwa die Hälfte auf die Zwischenfinanzierung von Bausparverträgen, 1/3 auf die Bevorschussung von Hypotheken der Hypothekenbanken und Versicherungsunternehmen[1].

Schließlich sei auch noch die Westdeutsche Baukreditbank AG, Düsseldorf, als Spezialinstitut für die Hergabe von Zwischenkrediten angefügt. Das Aktienkapital dieses Unternehmens befindet sich ebenfalls im Besitz mehrerer großer Versicherungsgesellschaften.

2. Andere Quellen des Zwischenkredits

a) Sparkassen

Sehr umfangreich ist die Zwischenkredithergabe der Sparkassen, die sich sowohl auf die eigenen Hypothekenzusagen wie auf solche von Hypothekenbanken und Versicherungen erstreckt, wobei es sich allerdings bei der Zwischenfinanzierung eigener Hypotheken praktisch um Teilvalutierungen handelt. Folgende Aufstellung enthält die Gesamtheit der Zwischenkredite der Sparkassen, also die Bevorschussung eigener und fremder Darlehen[2]. Die kurzfristigen Wohnungsbaudarlehen sind ausschließlich Zwischenkredite, der Anteil der Zwischenkredite bei den mittelfristigen Ausleihungen ist nicht bekannt.

---

1) Geschäftsbericht der Bank für das Jahr 1958, zitiert nach Watermann, S. 35. Näheres vgl. dort.

2) Zusammengestellt auf Grund einer Sonderstatistik bei Watermann, Anlage 4 S. 95. Die Bilanzen der Kassen wiesen die Zwischenkredite nicht gesondert aus.

	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	
kurzfristig (in Mill. DM)	58,6	76,3	102,2	107,8	100,7	115,5	123,8	
mittelfristig	106,5	136,1	148,3	161,5	170,3	174,3	191,2	

b) Bausparkassen

Bei den Bausparkassen nimmt die Zwischenkredithergabe einen wesentlichen Geschäftsanteil ein, da die Bereitschaft zum Abschluß eines Bausparvertrags oft von der Möglichkeit abhängt, die Zeit bis zur Zuteilung des Vertrags mit einem Zwischenkredit zu überbrücken. Daher sind die Bausparkassen bestrebt, diesen Kredit aus eigenen Mitteln zu geben oder mindestens andere Kreditgeber zu vermitteln. Die Bausparkassen haben folgenden Geschäftsverlauf zu verzeichnen:

aa) öffentliche Bausparkassen[1] (in Mill. DM)

	1953	1954	1955	1956	1957
Baudarlehen aus Zuteilungen	348,0	483,3	667,9	925,0	1168,4
Baudarlehen aus Zwischenkreditgewährungen	73,0	116,7	180,6	219,9	228,8

	1958	1959	1960	1961
Baudarlehen aus Zuteilungen	1376,8	1563,4	1735,6	1995,4
Baudarlehen aus Zwischenkreditgewährungen	177,4	174,9	260,4	351,8

1) Jahresbericht der Geschäftsstelle öffentliche Bausparkassen im Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V. Bonn, 1962, S. 48.

bb) private Bausparkassen[1] (in Mill. DM)

	1958	1959	1960	1961	1962	1963 (Aug.)
Baudarlehen aus Zuteilungen	2081,2	2547,0	3098,5	3780,1	4661,2	5183,2
Baudarlehen aus Zwischenkreditgewährungen	382,1	491,7	933,0	1395,3	1517,6	1603,8

Die Zwischenfinanzierung hat demnach bei Bauvorhaben ein erhebliches Ausmaß. Von ihrem reibungslosen Ablauf ist weitgehend die Bauerstellung abhängig. Deshalb ist die wirksame Sicherung des Zwischenkredits auf eine möglichst einfache Art und Weise von beträchtlicher Bedeutung für die Bauwirtschaft.

IV. Durchführung der Zwischenkreditsicherung in der Praxis

Am einfachsten sieht die Sicherung aus, die unter Verwendung der nach Eintragung der Hypothek für den endgültigen Kreditgeber dem Eigentümer bis zur Valutierung zugefallenen "vorläufigen Eigentümergrundschuld" erfolgt. Gegen diese Art der Sicherung sind in der Literatur die verschiedensten Bedenken erhoben worden[2]. So ist auch der Weg, den die Praxis geht und gegangen ist, durchaus verschieden. Zum Teil wird besonders von Bausparkassen als endgültiges Sicherungsrecht die Grundschuld vorgezogen, weil dieses Pfandrecht nicht vom Bestand der Forderung abhängt. Bei seiner Verwendung zur Zwischenkreditsicherung kommt es aber zu Schwierigkeiten:

---

1) Privates Bausparwesen 1962 u. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, 15. Jahrgang Nr. 9, Sept. 1963, S.84.

2) vgl. hierzu Teil C, II, S.129 ff.

Entweder der Zwischenkreditgläubiger wird als Grundschuldgläubiger eingetragen, dann erlangt der endgültige Gläubiger nicht die Buchposition wie er sie im Fall der Eintragung einer Hypothek erreichen würde zur Sicherheit dafür, daß der in Aussicht genommene Kreditnehmer auch tatsächlich die zugesagten Mittel abruft, oder der langfristige Gläubiger wird eingetragen, überträgt die Grundschuld als Sicherheit dem Zwischengläubiger, dann würde aber der Bauherr einmal vorleisten gegenüber dem ersten Grundschuldgläubiger und zum andern würde die Zwischenkreditsicherung von dessen Mitwirkung abhängen. Mit der Grundschuld läßt sich nur dann eine reibungslose Zwischenkreditsicherung durchführen, wenn Zwischengläubiger und Hauptgläubiger identisch sind. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Bausparkassen neben dem langfristigen Kredit auch Zwischenkredite ausleihen[1)], so daß in diesen Fällen die Grundschuld dem Sicherungsbedürfnis gerecht wird. In der Regel kommt aber der Zwischenkredit und der langfristige Kredit von verschiedenen Personen, und zwar auch dann, wenn letzterer von Bausparkassen zur Verfügung gestellt wird. Bei dieser Sachlage wird überwiegend die vorläufige Eigentümergrundschuld zur Zwischenkreditsicherung verwendet[2)]. Hierbei sind nun immer wieder rechtliche Zweifel aufgetaucht, so insbesondere darüber, ob das vorläufige Grundpfandrecht überhaupt ein zur Kreditsicherung geeignetes Recht darstellt, ob und wie es übertragen werden könne und ob nach der Übertragung die Hypothek noch vom Hypothekar valutiert werden könne, was zur Folge haben müsse, daß dadurch dem Zwischengläubiger die Sicherheit durch einseitige Handlungen eines Dritten, nämlich des Hypothekars, entzogen werde. Diese Fragen sind Gegenstand folgender Ausführungen.

---

1) siehe S. 38 unter b)

2) So sichern sich vor allem die speziell mit der Hergabe von Zwischenkrediten befaßte Institute. Vgl. S. 35 ff.

Abschließend sollen die Vorteile der vorgeschlagenen Sicherungsart gegenüber anderen, in der Literatur befürworteten Lösungen, abgewogen werden.

B Sicherung des Zwischenkredits

I. Die Rechtslage des Bauherrn nach Begründung des Hypothekenbestellungsvertrages

Hat der Bauherr einen Kapitalgeber für die erste Hypothek gefunden, so kommt es zum Abschluß eines Darlehensvorvertrages, auf Grund dessen für den Bauherrn gegen den Gläubiger ein Anspruch auf Abschluß eines Darlehensvertrages über eine bestimmte Summe zu dem festgesetzten Zins, Zeitpunkt und den sonstigen vereinbarten Bedingungen entsteht. Gleichzeitig wird die Sicherheit für den Kredit soweit begründet, daß sie der Gläubiger spätestens bei Hingabe des Kapitals erwirbt. Dies bedeutet, daß sich der Bauherr mit dem Gläubiger über die Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der Darlehensforderung einigt, die Eintragung des Grundpfandrechts bewilligt, der Gläubiger die Eintragung veranlaßt und den Brief sich entweder vom Eigentümer aushändigen läßt oder mit diesem die Vereinbarung nach § 1117 Abs.2 BGB trifft. Die Frage ist, ob der Bauherr, der bis zur Auszahlung oder Teilauszahlung des langfristigen Kredits auf einen Zwischenkredit angewiesen ist, über dingliche Sicherheiten verfügt, die er dem Zwischenkreditgläubiger auf möglichst einfache und kostensparende Art und Weise übertragen kann.

Vertritt man die Auffassung, daß mit der Bestellung der Hypothek für den Hypothekar dem Eigentümer bis zur Valutierung eine Eigentümergrundschuld zugefallen ist, so wäre die nächstliegende Sicherung die Übertragung dieses Pfandrechts auf den Zwischenkreditgläubiger. Für den Fall, daß der Hypothekengläubiger durch Auszahlung der Valuta die Hypothek zur Entstehung bringen könnte, müßte daher dafür gesorgt werden, daß die Valutierung gegenüber dem Zwischenkreditgeber erfolgt. Durch die Abtretung eines eventuellen Auszahlungsanspruchs und Benachrichtigung des Hypothekars soll verhindert werden, daß der Zwischengläubiger die Grundschuld verliert ohne den Kredit zurückbezahlt zu bekommen.

II. Entsteht ein Grundpfandrecht nach Eintragung des künftigen Gläubigers?

Darüber, ob nach Eintragung eines in Aussicht genommenen Hypothekengläubigers im Grundbuch ein Grundpfandrecht entsteht und welchen Inhalt dieses Recht hat, bringt das Gesetz keine eindeutige Regelung. Im Anschluß an Ahsbahs[1] sind mehrere Möglichkeiten für die Rechtsnatur der Hypothek für eine zukünftige Forderung denkbar:

a) Der Hypothekengläubiger erwirbt die Hypothek sofort mit ihrer Bestellung, auch wenn er noch nicht valutiert hat.

b) Die Hypothek steht weder dem Gläubiger noch dem Eigentümer zu; es handelt sich erst um ein in der Entwicklung begriffenes Recht.

c) Die Hypothek fällt dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu.

---

1) Jher. Jahrb. Bd. 50, S. 373 ff.

a) Theorie der Gläubigerhypothek

Die Auffassung, nach der das Grundpfandrecht sogleich beim Gläubiger entstehen soll und die deshalb als "Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek"[1] zu bezeichnen ist, wurde ursprünglich von der Rechtsprechung zur gleichgelagerten Frage bei der Höchstbetragshypothek vertreten[2]. Nicht richtig wäre aber der Schluß, daß damit auch für den Fall des § 1113 Abs.II BGB ein sofortiger Rechtserwerb des Gläubigers anerkannt worden sei. Im Gegenteil war hier das Reichsgericht schon immer der Meinung, daß mit der Eintragung des Gläubigers für eine künftige Forderung noch keine Gläubigerhypothek entstehe. Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des RG in Bd. 75, S. 249, wo das RG von dem bei der Höchstbetragshypothek bisher eingenommenen Standpunkt mit der Begründung abgeht, daß die Frage bei der Höchstbetragshypothek nicht abweichend von der gleichen, bei der Hypothek für zukünftige Forderung gegebenen Situation, entschieden werden könne. Dagegen hatte das Kammergericht zunächst sowohl bei der Höchstbetragshypothek wie bei der Hypothek für eine künftige Forderung das Entstehen einer Gläubigerhypothek angenommen, sich aber später der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen[3].

Auch das frühere Schrifttum hat einige Vertreter der Theorie der Gläubigerhypothek aufzuweisen[4]; sie stützen sich in erster Linie auf Wortlaut und Fassung der §§ 1113, 1163 BGB, sowie auf die entsprechende Regelung auf dem Gebiet des

---

1) Ahsbahs, a.a.O.

2) RG Bd. 49 S.165, Bd. 51 S.117, Bd. 55 S.220, Bd.56 S.323.

3) RG Bd. 51 S.117, Bd. 55 S.220, Bd.75 S.250, KGJ Bd. 28 S. A 217, Bd. 30 S. A 243, Bd. 35 S. A 319, Bd. 45 S. A 290.

4) Biermann, SR § 1113, Anm. 3 a, Kretschmar, ZBlFG Bd. 1[illegible] S 714, Bd. 15 S. 37, Reinhardt Recht 1902 S.21, Sternberg Jher. Jahrb. Bd. 62 S. 377 ff, 401 ff.

Mobiliarpfandrechts, wo gemäß §§ 1204 Abs.II, 1209 BGB eine Pfandrechtsbestellung für eine zukünftige oder bedingte Forderung auch zugelassen ist, das Pfandrecht sofort entsteht und sich der Rang des Rechts nach dem Zeitpunkt de Bestellung richtet, selbst wenn die Forderung erst später begründet wird.

Nun besteht zwar zwischen den §§ 1163 Abs. I und 1177 Abs. BGB, wo festgelegt ist, daß eine Hypothek ohne Forderung nicht existieren kann, und § 1113 Abs. II BGB, der die Bestellung einer Hypothek, für die eine Forderung noch nicht vorhanden ist, ausdrücklich zuläßt, ein gewisser Gegensatz, den z.B. auch Sternberg erkennt. Die Anhänger der Gläubiger hypothek weigern sich aber, diesen Zwiespalt dadurch auszuräumen, daß sie §§ 1163 Abs.I, 1177 Abs. I BGB auf den Fall des § 1113 Abs. II BGB anwenden; der Wortlaut des § 1163 Abs. I BGB stünde dem entgegen. Denn in dieser Bestimmung sei nicht ausgedrückt, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehen solle, s o l a n g e die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, sondern es hieße, der Eigentümer werde erst dann Rechtsinhaber, w e n n die Forderung nicht zur Entstehung gelangt i s t . Sternberg[1] stellt also allein auf die Verwendung des Perfekts in der Vorschrift ab und folgert daraus, daß das Gesetz das nicht Vorhandensein der Forderung als einen abgeschlossenen Zustand betrachte. Ein solcher liege aber nicht vor, solange der Schwebezustand des forderungslosen Zeitabschnitts noch fortdauere. § 1163 Abs. I BGB könne deshalb auf die Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen nicht angewende werden[2]. Der Gesetzgeber würde einer dahingehenden Absicht durch eine andere Fassung des § 1163 BGB Ausdruck verliehen

1) Sternberg, Jher. Jahrb., Bd. 62 S. 404, 415, Bourier ZADR Bd. 1937 S. 524 ff.

2) Jher. Jahrb. Bd. 62 S. 404.

haben. Ein solcher Fall, daß bis zu einem gewissen Zeitpunkt eine Hypothek nicht entstanden sein soll, sei aber ausdrücklich nur in Abs. II des § 1163 BGB geregelt. Da § 1163 Abs. I BGB keine entsprechende Anordnung enthalte, könne sich daraus nur die Nichtanwendbarkeit dieser Regelung auf die Hypothek für zukünftige Forderungen in § 1113 Abs. II BGB ergeben. Deshalb sei der Schluß zwingend, daß die Hypothek für eine zukünftige Schuld nicht dem Eigentümer, sondern dem Gläubiger zustehe[1].

Eingeräumt sei, daß nach dem Text des Gesetzes im Falle des § 1113 Abs. II BGB nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, bis zur Forderungsentstehung stünde dem Eigentümer das Grundpfandrecht zu, wie § 11163 BGB es anordnet. Denn der Wortlaut dieser Vorschrift trifft rein formal einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Zustand, nicht aber ein in der Entwicklung befindliches Recht, also auch nicht genau auf die Hypothek für künftige Forderung zu, jedenfalls nicht vor Abschluß des Schwebezustandes[2].

Demgegenüber ist aber festzustellen, daß der Wortlaut des Gesetzestextes dieses Ergebnis keineswegs erzwingt. Das Hypothekenrecht wird beherrscht vom Grundsatz der Akzessorietät, den § 1153 BGB zum Ausdruck bringt und der sich folgerichtig im Inhalt des § 1163 BGB wiederspiegelt[3]. Dem BGB ist eine forderungslose Hypothek fremd. Wenn schon kein Hypothekenrecht entsteht im Fall der Bestellung für eine gegenwärtige aber unwirksame Forderung, so kann es nicht Wille des Gesetzes sein, das Recht schon entstehen zu lassen für eine erst in der Zukunft zu begründende Forderung. Das Resultat dieser Theorie beruht auf einer formalistischen

---

1) Sternberg, a.a.O., S. 405

2) So auch Sternberg Jher. Jahrb. 62 S. 404 u. 441, Brachvogel DNZ 1926 S. 277; zu diesem Punkt auch Ahsbahs Jher. Jahrb. Bd. 50 S.395 unten, sonst aber abweichend.

3) vgl. hierzu näher S. 56, 2. Abschnitt

Auslegung, die weder der Absicht des Gesetzes noch der der Parteien Rechnung trägt. Sie vermag sich allein auf das Wörtchen w e n n in der Bestimmung des § 1163 Abs. I S. 1 BGB zu stützen, das der Gesetzgeber anstatt der klaren Fassung "solange" verwendet hat. Mit einer derart am Wortlaut hängenbleibenden Verbalinterpretation lassen sich aber Ergebnisse, die zu der Systematik des Hypothekenrechts in Widerspruch stehen, nicht rechtfertigen[1]. Zutreffend wird geltend gemacht, daß der Gesetzgeber den § 1163 BGB würde anders gefaßt haben, wenn er mit der Hypothek für eine zukünftige Forderung ein völlig neuartiges Rechtsgebilde hätte schaffen wollen[2].

In diesem Zusammenhang sei noch auf eine Auslegung des § 1163 Abs. I S. 1 BGB von Classen hingewiesen[3]. Nach seiner Auffassung setze die Bestimmung voraus, daß die Forderung als zukünftige der Hypothekenbestellung zugrunde liege, denn die Formulierung "nicht zur Entstehung gelangt" könne sich nicht auf eine gegenwärtige Forderung beziehen, da diese bereits bestünde und damit einem "zur Entstehung gelangen" widerspreche. Der Umstand, daß in Satz 1 lediglich von Forderung, nämlich "ist die Forderung" ohne das Beiwort "zukünftig" gesprochen werde, stehe dieser Folgerung nicht entgegen. Weiterhin werde verlangt, daß für die zukünftige Forderung eine Hypothek bestellt worden ist. Sonach korrespondiere § 1163 Abs. I BGB mit der Vorschrift des § 1113 Abs. II BGB und regle die Folge, die das "nicht zur Entstehung gelangt" der zukünftigen Forderung nach sich ziehe. Classen unterstützt diese Auslegung vor allem dadurch noch, daß er die zukünftigen Forderungen als Forderungs-Anwart-

---

1) Der Grundsatz der Akzessorietät gilt ohne Einschränkung bei der Begründung der Hypothek: Westermann § 93 II, 4 a; vgl. auch Wolff-Raiser SR § 132 I 1 u. Fußn. 3.

2) Boehmer ZADR 1940 S. 241

3) S. 34

schaften[1] auffaßt und diesen Anwartschaften die Eignung zuspricht, als Sicherungsgrundlage für eine Hypothek den existenten Forderungen gleichwertig zu sein[2].

Zunächst kann schon letzterer Annahme nicht zugestimmt werden. Der Hypothekengläubiger hat vor Auszahlung der Hypothekenvaluta keinerlei, auf schuldrechtliche Beziehungen gegründete, sichere Rechtsposition auf Erwerb einer Forderung. Zwar besteht regelmäßig zwischen Eigentümer und Hypothekar ein sogenannter Darlehensvorvertrag, auf Grund dessen der Eigentümer die Auszahlung der Valuta verlangen kann und er auch zur Abnahme der Darlehenssumme verpflichtet sein wird; bei diesem Übereinkommen handelt es sich in der Regel um einen einseitigen Vertrag[3]. Ein gegenseitiger Vertrag liegt aber dann vor, wenn sich der zukünftige Gläubiger zur Belassung des Kapitals an den Schuldner und dieser sich zur Tilgung und Zinsleistungen verpflichtet wie hier[4]. Folglich handelt der Gläubiger, wenn er die Auszahlung vornimmt, als Schuldner, nicht aber als Berechtigter. Der Schuldner ist zwar zur Abnahme verpflichtet, aber nur auf Grund des Vorvertrages. Dieser allein ist Grundlage für die Rechtsstellung des Gläubigers. Eine Ausdehnung des Anwartschaftsbegriffs auf obligatorische Rechtsbeziehungen ist jedoch nicht angängig und soweit ersichtlich auch noch nirgends vertreten worden. Hier jedenfalls ergibt sich die unzutreffende Folgerung Classens auf den Anwartschaftscharakter der zukünftigen Forderung allein bereits aus der Überlegung, daß, wenn der Eigentümer die Annahme der Valuta verweigert, überhaupt nichts geschieht, auf keinen Fall der Hypothekengläubiger aber die Hypothek erwirbt. Der Gläubiger ist vielmehr auf die Rechtsfolge der §§ 320 ff BGB verwiesen, also auf eine Schadenersatzforderung, für die je-

---

1) S. 21
2) S. 35
3) Erman-Wagner § 610 Anm. 1
4) Erman-Wagner a.a.O.

doch keine hypothekarische Sicherung eintritt; das Grundbuch bleibt nach wie vor unrichtig.

Schließlich ist auch die Auslegung des § 1163 Abs. I S. 1 BGB durch Classen nicht zwingend. Warum sich diese Bestimmung nicht auf gegenwärtige, sondern nur auf zukünftige Forderungen beziehen soll, ist nicht einzusehen. Zudem wäre dann die Übereinstimmung des § 1163 Abs. I S. 1 BGB mit der Vorschrift des § 1113 Abs. II, die die Vertreter der Gläubigerhypothek leugnen und denen Classen folgt, herbeigeführt.

Spätere Befürworter der unbedingten Gläubigerhypothek im Fall des § 1113 Abs. II BGB berufen sich zum Teil auf den Wortlaut des Gesetzes[1], zum Teil beruht ihr Ergebnis auf der Ablehnung des Akzessorietätsgrundsatzes[2]. So leugnet auch Bourier diesen Grundsatz und sieht die Hypothek als ein selbständiges, dingliches Recht an, eine Art Grundschuld, mit der Besonderheit nur, daß das Gesetz die Beziehungen des Rechts zu einer gegenwärtigen oder auch zukünftigen Forderung regle[3]. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Hypothek begrifflich zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt wird[4]. Nach der Ausgestaltung des Pfandrechts im BGB ist die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek das Nebenrecht[5]. Daß von den Beteiligten oft umgekehrt die Hypothek als das wesentliche Recht angesehen wird, steht dem nicht entgegen. Für diese ist nun einmal die Forderung bestimmend. Deshalb normieren die §§ 1163, 1177 BGB nicht einen Sondertatbestand, sondern

---

1) z.B. Güthe-Triebel, 4. Aufl. § 22 Anm.14, Beck, Maximalhypothek S. 49 ff.

2) Bourier, ZDDR 1937, S.524; ihm zustimmend, allerdings ohne nähere dogmatische Begründung Brandt, DRW, 1958 S. 54 ff. 63.

3) a.a.O.

4) KGJ Bd. 40, S. A 258 ff.

5) RG Bd. 81, S. 269

das Prinzip, daß eben die wirksame Hypothek die Existenz einer Forderung voraussetzt. Die Geltung dieses Grundsatzes auf den Fall einzuschränken, daß die Forderung endgültig nicht entsteht, ihm dagegen für den Fall der Belastung für eine zukünftig entstehende Forderung die Wirkung zu versagen, ist durch nichts zu rechtfertigen[1].

Bourier kommt deshalb auch mit seiner abweichenden Ansicht in Schwierigkeiten. Daß die Entstehung einer vorläufigen Eigentümergrundschuld bei der Bestellung einer Hypothek für eine zukünftige Forderung nicht ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist, kann nicht schaden; sie ergibt sich aus der Systematik des Hypothekenrechts. Nach Bourier[2] soll aber, solange die Forderung noch nicht entstanden ist, nicht eine vorläufige Eigentümergrundschuld entstehen, aber auch nicht ohne weiteres eine Gläubigerhypothek, sondern ein neuartiges Rechtsgebilde, nämlich eine vorläufige, forderungslose und deshalb unübertragbare Hypothek des Buchhypothekars.

Zwar bezeichnet Bourier dieses Rechtsgebilde als Hypothek und hält im übrigen daran fest, daß auch beim Wegfall oder beim Nichtentstehen der Forderung die Hypothek bestehen bleibe. Aber bei der Hypothek für eine zukünftige Forderung räumt er ausdrücklich ein, daß wegen Fehlens der Forderung die Abtretung der Hypothek durch § 1153 Abs. II BGB ausgeschlossen sei.

Bourier muß deshalb hier zu einem Rechtsgebilde Zuflucht nehmen, das das geltende Recht nicht kennt. Gemeinsames Merkmal ist nur die Vorläufigkeit, ohne die auch er nicht auskommt. Er muß schließlich ebenso wie die herrschende Meinung ein Eigentümerpfandrecht bis zur Beendigung des

---

1) Auch Heck, der dem "Anlehnungsdogma" die Theorie der Zweckgemeinschaft entgegengesetzt hat, läßt bei der Bestellung der Hypothek für eine zukünftige Forderung nicht den Gläubiger, sondern den Eigentümer das Pfandrecht erwerben, § 85 Ziff. 3, § 86 Ziff. 3 SR.

2) a.a.O.

Schwebezustandes annehmen, wenn er das Recht als "vorläufige Eigentümerhypothek" bezeichnet[1]. Die nach Entstehung der Forderung sich vollziehende Umwandlung, nämlich die von der nichtabtretbaren Hypothek Bouriers in eine forderungsbekleidete Fremdhypothek, ist ebensowenig im Gesetz geregelt wie der von der herrschenden Meinung angenommene Übergang der vorläufigen Eigentümergrundschuld in eine Fremdhypothek des Gläubigers. Bourier geht also von der herrschenden Lehre ab ohne deren klare Ergebnisse verbessern zu können und ohne daß dafür ein zwingender Grund bestünde. Der von ihm gegen die herrschende Meinung erhobene Vorwurf der Systemwidrigkeit fällt auf seine eigene Konstruktion zurück.

Der Hinweis Bouriers auf die Regelung des Mobiliarpfandrechts, wo gemäß § 1204 Abs. II BGB auch für künftige Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden kann und dieses Pfandrecht auch sofort beim Gläubiger entsteht[2], nützt in diesem Zusammenhang nichts; das Mobiliarpfandrecht kann mit den Grundstücksbelastungen und ihren festen Rangordnungen nicht verglichen werden.

Nach § 1252 BGB erlischt das Pfandrecht, wenn die Forderung nicht mehr besteht, für die es bestellt ist. Ebenso erlischt in der Regel das Pfandrecht, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, § 1256 BGB. Bei der Hypothek dagegen bleibt in beiden Fällen das Recht bestehen, nur sein Inhaber wechselt. Deshalb kennt auch das Mobiliarpfandrecht kein der Eigentümergrundschuld entsprechendes Institut und damit fehlt dem Recht die Möglichkeit, dem Gläubiger erst mit Forderungsentstehung auch das Sicherungsrecht zukommen zu lassen, das schon zu einem früheren Zeitpunkt bestellt war.

---

1) a.a.O., S. 525

2) Palandt-Hoche 1204 Anm. 3 c, a.E.

b) Theorie des subjektlosen Rechts

Nach Meinung der Vertreter der unter b) angeführten Auffassung hat weder der Eigentümer noch der zukünftige Hypothekengläubiger während der Schwebezeit ein dingliches Recht[1]. Es handle sich im Fall des § 1113 Abs. II BGB während der Schwebezeit um ein Recht, das dingliche Recht mit der Beendigung des Schwebezustandes zu erwerben. Deshalb begründe der Bestellungsvorgang der Hypothek zunächst weder Rechte des Eigentümers noch Rechte des Hypothekars. Erst mit der Beseitigung des Schwebezustandes werde das Vollrecht existent, und zwar im Fall der Valutierung als Hypothek in der Person des Gläubigers oder im Fall des Ausbleibens der Valutierung in der Person des Eigentümers als endgültige Eigentümergrundschuld.

Diese Theorie hat ihren Ursprung in Gedanken Jherings über "Passive Wirkungen der Rechte"[2]. Jhering geht davon aus, daß alle Privatrechte binden und gleichzeitig berechtigen, also gegensätzliche Wirkungen erzeugen und demnach die aktive von der passiven Seite zu unterscheiden sei. Aus letzterer folge die rechtliche Gebundenheit, die das Recht für die Sache oder die Person bewirke[3]. Kraft dieser Gebundenheit sei das Rechtsobjekt der Verfügungsgewalt des Rechtssubjekts unterworfen. Doch wirke die Objektsgebundenheit auch dann, wenn das Rechtssubjekt zeitweilig nicht existiert[4]. Jhering zieht das Pfandrecht als Beispiel heran. Werde für eine zukünftige Forderung ein Pfandrecht bestellt, so fehle es hier zunächst an einem Rechtsträger. Vor Begründung der Forderung könne zwar das Pfandrecht nicht entstehen; die Pfandsache werde aber mit dem Bestellungs-

---

1) So z.B. Leo Jaffé, S. 20
2) Jher. Jahrb. Bd. 10, S. 387
3) a.a.O., S. 392 ff.
4) a.a.O., S. 396 ff.

akt derart gebunden, daß weitere Verfügungen über die Pfandsache dem Pfandbesteller verwehrt seien. Diese Gedanken dienen den Hauptvertretern der Ansicht, daß während des Schwebezustandes bis zur Entstehung der Forderung lediglich eine hypothekarische Anwartschaft bestehe, zur wesentlichen Stütze[1].

Erwähnt sei noch eine von Brachvogel vertretene Abart der Theorie des subjektlosen Rechts[2]. Nach ihm ist in der Schwebezeit nicht ein in der Entwicklung begriffenes Recht, sondern bereits ein Vollrecht vorhanden. Allein dessen rechlicher Charakter und die Person des Rechtsträgers soll bis zur Beendigung der Schwebezeit ungewiß sein. Entstehe die Forderung, sei auch das Recht in der Person des Gläubigers als Hypothek zur Entstehung gelangt; bleibe die Valutierung aus, so habe der Eigentümer eine Eigentümergrundschuld erlangt. Der Rechtserwerb vollziehe sich dabei jeweils mit Wirkung ex tunc. Bei der Hypothek für eine künftige Forderung liege die Ungewissheit in der Person des Berechtigten[3]. Der rechtliche Charakter, nämlich ob eine Gläubigerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld bestellt wurde, entscheide sich somit danach, in welcher Richtung die Ungewissheit gelöst wird. Die Hypothek des § 1113 Abs. II BGB sei daher während der Schwebezeit ein subjektiv-alternativ dingliches Recht und müsse deshalb als Alternativ-Hypothek behandelt werden.

Die Theorie der Alternativ-Hypothek findet im Gesetz aber keine Stütze. Zutreffend ist es, wenn sie mangels einer vorhandenen Forderung im Gegensatz zu den Vertretern der Gläubigerhypothek das Grundpfandrecht nicht in der Person des Hypothekengläubigers entstehen läßt. Daraus folgt aber

---

1) Vgl. Jaffé a.a.O., S.21, der dort auf Dernberg, Regelsberger und Kohler verweist.

2) DNZ 1926, S. 274 ff.

3) Brachvogel, a.a.O., S. 279.

noch nicht, daß mit dem wirksamen Bestellungsakt zwar ein Rechtsgebilde entstanden ist, diesem aber der Rechtsträger fehle. Das würde eine von den Beteiligten und wohl auch von den Vertretern dieser Theorie nicht bezweckte Benachteiligung des Hypothekengläubigers mit sich bringen, dem es gerade auf die Erlangung einer durch die Eintragung und Briefübergabe gesicherten Rechtsstellung auf den Erwerb der Hypothek ankommt.

Die Vorstellung eines während des Schwebezustandes subjektlosen Rechtsgebildes läßt sich auch nicht mit dem denkbaren Hinweis darauf halten, daß ja die zu sichernde Forderung, eben weil sie erst zukünftig zur Entstehung gebracht werden soll, a u c h des Rechtssubjekts entrate. Hinsichtlich der in Aussicht genommenen Forderung fehlt es nicht am Rechtsträger, sondern es liegt überhaupt noch kein Recht des Gläubigers vor; dieses gelangt erst mit der Valutierung zur Entstehung. Deshalb taucht auch die Frage nach der Bezugsperson nicht auf.

Dagegen liegen für die zukünftige Hypothek die Beteiligten und damit auch die Person des Rechtsinhabers bereits im Zeitpunkt der Eintragung des Rechts fest. Damit entfällt aber der Grund, zwischen den Partnern des Geschäfts ein Rechtsgebilde entstehen zu lassen unter der Bezeichnung einer "Anwartschaft", das keinem von ihnen zustehen und keinen mittelbar berechtigen soll.

Zugegeben sei, daß mit der Einigung, Eintragung und evtl. Briefübergabe der Tatbestand zum Erwerb der Hypothek bis auf die Forderungsentstehung erfüllt und damit dem Hypothekar eine Rechtsstellung eingeräumt ist, auf deren Beschaffenheit später im einzelnen eingegangen werden wird. Damit steht aber nur fest, daß für den Eigentümer eine rechtliche Gebundenheit insofern wirksam wird, als mit der Erfüllung der letzten Voraussetzung der Gläubiger ohne jede Beeinträchtigung das Vollrecht erwirbt. Dieser

zwingenden Berechtigung entspricht auf der anderen Seite eine zwingende Belastung. Immer, wenn der Berechtigte in eine Rechtsstellung bei der Erlangung seines Rechts soweit eintritt, daß der Rechtserwerb durch den Belasteten oder Verpflichteten nicht mehr vereitelt oder aufgehalten werden kann, ist die Gebundenheit auf der einen und die Rechtsmacht auf der anderen Seite festzustellen. Dies trifft sowohl bei der Übertragung von vorhandenen Rechten, wie z.B. dem Eigentum, wie auch bei der Verschaffung von neu zu begründenden Rechten, wie bei Belastung durch Einräumung von Pfandrechten, zu.

Die Vorstellung Jherings von der aktiven und passiven Seite eines Rechts wird nach der heutigen Auffassung dahin zu verstehen sein, daß mit der Begründung einer unzerstörbaren Erwerbsposition zugunsten eines Dritten für das befangene Recht eine doppelte Zuordnung geschaffen wird. Denn es bleibt nämlich einerseits die Beziehung zu dem Rechtsträger erhalten, der weiter ohne Beschränkung die Sachherrschaft ausübt, da er nach wie vor in vollem Umfang über das Recht verfügen kann, andererseits aber wird der Gegenstand dem neuen Rechtssubjekt zugeordnet auf Grund der gesicherten Erwerbsaussicht[1]. Unrichtig an der Theorie der Alternativhypothek ist auf jeden Fall, daß der Charakter des Rechts, das der Hypothekengläubiger erwerben will, in der Schwebe bleibt. Darüber besteht in keinem Augenblick Zweifel: Eine Hypothek ist bestellt und diese will der Gläubiger erwerben, wozu eben noch die Entstehung der Forderung Voraussetzung ist. Irrig ist auch, bei der Hypothek für eine künftige Forderung die Ungewissheit allein in der Person des Berechtigten zu sehen, wie Brachvogel annimmt[2].

---

1) Wolff-Raiser spricht in diesem Zusammenhang von "Funktionsteilung": SR § 51 Fußnote 20 S. 176; die Zuordnungslehre Westermanns, Sachenrecht, § 2 II wird abgelehnt, § 1 Ziff. 4 a.E.

2) DNZ 1926, S. 275.

Als solcher kann nur der Hypothekengläubiger in Betracht kommen. Auch bei anderen Anwartschaften, wenn hier der Begriff von den Anhängern dieser Theorie übernommen werden darf, die heute anerkannt sind, z.B. der des Vorbehaltskäufers aus bedingter Übereignung, liegt der Berechtigte in der Person des Erwerbers fest und das zum Erwerb in Aussicht genommene Recht ändert durch die Rechtsbindung an den Erwerber nicht seine grundsätzliche Zuordnung zu dem ursprünglichen Rechtsinhaber und wird auch nicht zum Alternativrecht, das nach Beendigung der Anwartschaft entweder beim ursprünglichen Rechtsinhaber bleibt oder an den Erwerber fällt.

c) Entstehung einer Eigentümergrundschuld

Kann weder der Theorie der Gläubigerhypothek noch der der Alternativhypothek zugestimmt werden, so bleiben nur noch die Möglichkeiten, daß bei der Hypothekenbestellung für eine zukünftige Forderung entweder überhaupt keine Belastung herbeigeführt oder eine Belastung des Grundstücks zwar begründet wird, das Grundpfandrecht aber dem Eigentümer zufällt.

Die Frage, wann eine wirksame Grundstücksbelastung eingetreten ist, läßt sich nur nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilen, die für die Entstehung von dinglichen Rechten gelten. Zur Bestellung eines Grundpfandrechts - von der durch einseitige Erklärung des Eigentümers geschaffenen "originären" Eigentümergrundschuld einmal abgesehen - sind stets zwei Elemente erforderlich und auch ausreichend, ein Doppeltatbestand, der sich zusammensetzt aus dem Willensmoment und der Verlautbarung des Rechts: die auf die dingliche Rechtsfolge gerichtete Einigung der Beteiligten und die Eintragung des Begünstigten im Grundbuch (§ 873 BGB).

Liegen diese Tatbestandsstücke vor, so haben die Parteien die für die Entstehung einer Belastung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt[1].

Bei der Hypothek gehört zum rechtsbegründenden Tatbestand aber weiter die Entstehung der Forderung. Man könnte nun der Auffassung sein, daß bis zur Auszahlung der Darlehensvaluta das letzte Tatbestandselement der Verfügung fehle und deshalb auch noch keine Grundstücksbelastung eingetreten sei. Die Notwendigkeit der Begründung der Forderung zum Erwerb der Hypothek hat aber mit der Herbeiführung der Belastung nichts zu tun. Das Gesetz hat hier nur eine weitere Rechtsvoraussetzung geschaffen, die neben dem Verfügungstatbestand vorliegen muß, damit der Gläubiger ein Pfandrecht erlangt.

Diese Ansicht wird gestützt durch die Rechtsnatur der Hypothek als akzessorisches Recht, wie sie im Gesetz ausgestaltet ist und durch die Auslegung, die dieser Grundsatz in der neueren Literatur erfahren hat. Ohne die Forderung kann die Hypothek weder abgetreten, verpfändet noch gepfändet werden (§§ 1153, 1154, 1273, 1274 BGB, 830 ZPO); bei Wegfall der Forderung geht das Recht auf den Eigentümer über (§§ 1163 Abs. I, 1177 Abs. I BGB)[2]. Daraus hat die herrschende Lehre den Grundsatz entnommen, daß die Hypothek an die Forderung angelehnt ist, was im strengen Sinn heißt, daß beim Pfandrecht das dingliche Recht in seiner Entstehung und seinem Fortbestand von dem Vorhandensein einer Forderung abhängig ist, wie sich aus der Regelung des Pfandrechts an beweglichen Sachen ergibt[3].

---

1) Staudinger-Scherübl, Einleitung zu § 1113 ff, I. Teil Anm. 47.

2) z.B. Erman-Westermann, § 1153, Anm. 2 u. 3.

3) RG Bd. 81 S.268, KGJ Bd. 40 S. A 258, Planck-Strecker Anm.2 a vor § 1113, Enneccerus-Wolff, Sachenrecht, 9. Bearbeitung 1932 § 132 I, 1, v. Tuhr, Bd. 1 S.229 ff, Soergel-Siebert-Baur, Anm.3 vor § 1113, Palandt-Hoche Überblick vor § 1113 Anm. 2 Aa.

Die herrschende Auffassung über die akzessorische Natur der Hypothek hat zwar Heck[1] bekämpft und ihr die Theorie der Zweckgemeinschaft entgegengesetzt. Einen Umschwung in der Literatur hat er damit aber nicht herbeigeführt[2]. Dagegen ist neuerdings eine Lehre im Vordringen, die den Grundsatz der eingeschränkten Akzessorietät der Hypothek vertritt. Sie fußt darauf, daß das Gesetz wiederholt die strenge Anlehnung der Hypothek an die Forderung durchbricht. So zeigt sich eine gewisse Selbständigkeit der Hypothek darin, daß der Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 und 1138 BGB auch auf die fehlende Forderung und die Einreden des § 1137 BGB erstreckt wird. Wenn im Rahmen des § 1180 BGB ein Austausch der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung zugelassen wird, so bedeutet das praktisch die Möglichkeit der Übertragung der Hypothek ohne Forderung. Ein weiteres Moment der Verselbständigung des dinglichen Rechts gegenüber der Forderung enthalten die §§ 1141, 1146 BGB, wonach die Hypothek unabhängig von der persönlichen Forderung fällig werden kann. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß der Bestand der Forderung nicht über das dingliche Recht entscheidet. Die Forderung bestimmt nur, ob das Recht in der Person des eingetragenen Gläubigers als Fremdhypothek oder in der Person des Eigentümers als Eigentümergrundschuld besteht. Geht die Forderung auf einen anderen Gläubiger über, so auch die Hypothek. Existiert die Forderung aber nicht, so besteht auch keine Gläubigerhypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld. Mit anderen Worten: Es ist nicht von der Akzessorietät hinsichtlich des Bestandes des Rechts, sondern von der Akzessorietät in Bezug auf die Person des Berechtigten und die Art des dinglichen Rechts die Rede[3].

---

1) SR, § 78-82 S. 323 ff.

2) vgl. Fußnote 3 der vorigen Seite, ferner Güthe-Triebel Bd. II, S.1888 ff, Staudinger-Kober, 10. Aufl. § 1113 Anm. 6.

3) Westermann, SR § 93 II, 49, Wolff-Raiser § 132 Fußn.3, Staudinger-Scherübl, Einleitung § 1113 Anm.30, ähnlich RGRK (Schuster) § 1113 Anm. 32.

Daraus ergibt sich, daß die fehlende Forderung dem Erwerb des Grundpfandrechts durch den Gläubiger als Hypothek im Wege steht. Der Eintritt einer Belastung richtet sich dagegen allein und ausschließlich danach, ob die gesetzlichen Voraussetzungen einer Verfügung vorliegen, d.h. die dingliche Einigung und die Eintragung des Rechts im Grundbuch. Damit ist die Belastung entstanden.

Die Anlehnung der Hypothek an die Forderung bezüglich der Bestimmung der Person des Berechtigten und der Art der Belastung gilt sowohl bei der nach § 1113 Abs. I BGB bestellten Hypothek wie bei der Hypothek für eine zukünftige Forderung (§ 1113 Abs. II BGB). Das Gesetz will mit der Sondervorschrift für den letzteren Fall nicht ein von der Anlehnung an die Forderung befreites Grundpfandrecht schaffen. Dadurch wäre die Systematik des Hypothekenrechts grundlos gespalten, wenn auch der Wortlaut der Bestimmung in dieser Hinsicht nicht ganz eindeutig ist. Dennoch wäre es verfehlt, ihm die Loslösung der Hypothek von der Forderung entnehmen zu wollen. Die Vorschrift bringt nur zum Ausdruck, daß die wirksame Vornahme der Bestellungshandlungen zu einem Zeitpunkt bereits gestattet ist, zu dem die Forderung nicht nur nicht besteht, sondern sogar nach dem Parteiwillen überhaupt noch nicht entstehen soll. Somit wird lediglich die Zulässigkeit des Bestellungsaktes erweitert, nicht aber ein neuer Hypothekenbegriff geschaffen. Deshalb ist auch im Fall des § 1113 Abs. II BGB die Forderungsentstehung nicht Bestandteil des Verfügungstatbestandes. Für den Eintritt der Belastung des Grundstücks genügt die Eintragung im Grundbuch und die Einigung. Nach § 1163 Abs. I S. 1 BGB erwirbt das Pfandrecht aber mangels einer Forderung der

Eigentümer, wie die h.M. in Literatur[1] und Rechtsprechung[2] zu Recht annimmt.

d) Vorläufigkeit des Grundpfandrechts

Die nach der Bestellung des Grundpfandrechts dem Eigentümer zugefallene Grundschuld trägt nur vorläufigen Charakter; sie ist zeitlich begrenzt durch die zu begründende Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll. Fehlt es bei der Hypothekenbestellung an der Forderung, so erwirbt der Eigentümer ein endgültiges Grundpfandrecht im Normalfall. Bei späterer Forderungsbegründung kann die Hypothek nur durch Umwandlung der Eigentümergrundschuld nach § 1198 BGB vom Gläubiger erworben werden. Insofern wird die Vorläufigkeit des Grundpfandrechts durch § 1113 Abs. II BGB wenn nicht begründet, so zumindest klargestellt. Wenn die Bestellung der Hypothek auch für zukünftige Forderungen zulässig sein soll, so kann dementsprechend der Eigentümer nur ein vorläufiges

---

1) Baur § 46 III, Bruck S.175 u. 217 ff, Cosack § 225, 2a u. § 227 III, Cosack-Mitteis § 78 III, IV a, Crome § 464, 2 u. Fußn. 245, Ebbecke Recht 1912 S.463, Endemann § 115, 2 b, § 116, 5, Güthe-Triebel § 22 Anm. 14, Jaeger-Lent § 47 Anm.7, Mayer Gruch.Beitr. 56 S.525 ff u. DRZ 31 S. 18, Planck § 1113 Anm.5 g, § 1163 Anm. 3 c, Westermann § 96 A II 3, Wolff-Raiser SR § 146, IV 1 b, RGRK (Schuster) § 1113 Anm.29, § 1163 Anm.9, Soergel-Siebert-Baur § 1113 Anm.16, § 1163 Anm.11, Warneyer § 1113 III S.343 u. § 1163 III S.428, Staudinger-Scheuble § 1113 Anm.13 b, § 1163 Anm.16.

2) RG Bd.51 S.43, Bd.61 S.37, Bd.75 S.222, Bd.75 S.250, Bd.78 S.408, Bd.120 S.112, Bd.153 S.169, Seuff.Arch. Bd.60 Nr.151; JW 1912 S.297 Nr.17, JW 1937 S.615, Gruch. Beitr. Bd.56 S.1072, Bd.58 S.833, 834, KGJ Bd.45 S.290, Bd.49 S.217, BGH Urt. v. 25.10.61 V ZR 103/60 Bd.36 S.84 = JZ 1962 S.313; sinngem. ebenso BFH Urt. v. 13.3.63 V ZR 108/61 Bd.39 S.242, 245 unter 3 a.

Grundpfandrecht erwerben, das ihm im Zeitpunkt der Forderungsentstehung entzogen wird.

Nicht für jede nur mögliche zukünftige Forderung vermag die hypothekarische Sicherung eingeleitet zu werden. Es bedarf vielmehr einer gewissen Bestimmtheit des zu begründenden Anspruchs insofern, als die Person des Gläubigers sowie des Schuldners festliegen und auch Klarheit über den Schuldgrund bestehen muß[1]. Die Person des Gläubigers bei der Sicherung des Realkredits ergibt sich aus seiner Eintragung im Grundbuch, der Schuldner ist der Grundstückseigentümer und der Schuldgrund besteht in der Darlehensforderung. Desgleichen sind bestimmt der Zinssatz und die sonstigen etwaigen Nebenleistungen, was allerdings nicht zwingend erforderlich wäre[2] sowie der Betrag der zukünftigen Forderung. Der Rechtsboden für die Valutierung der Hypothek ist somit vorhanden[3]. Daß der Gläubiger nach seinen Geschäftsbedingungen das Recht zum Rücktritt vom Vertrag unter gewissen Voraussetzungen hat, schadet nicht.

Wie sich die nach der Eintragung der Hypothek für eine künftige Forderung geschaffene Rechtslage nun weiter entwickelt, steht vorläufig noch offen. Die Eintragung hat zunächst nur zur Folge, daß das Pfandrecht dem Eigentümer als vorläufiges Recht zugefallen ist, über dessen Endgültigkeit dann entschieden wird, wenn Klarheit darüber vorliegt, ob die Forderung zur Entstehung gelangt ist oder nicht. Zahlt der Hypothekengläubiger die Valuta an den Schuldner und Eigentümer aus, so geht die Eigentümergrundschuld automa-

---

1) RGRK (Schuster) § 1113 Anm. 30, Erman-Westermann § 1113 Anm. 5, KGJ Bd. 37 A S. 280, Bd. 40 S. A 145

2) Erman-Westermann a.a.O. (§ 1113 Anm. 5)

3) KGJ Bd. 40 S. A 146 oben

tisch als Fremdhypothek auf die Person des Hypothekars über[1] Demnach wird das bei der Bestellung der Hypothek vom Eigentümer erworbene Recht zutreffend in Literatur und Rechtsprechung[2] als vorläufige Eigentümergrundschuld bezeichnet[3].

Bei dem vorläufigen Eigentümergrundpfandrecht handelt es sich nun aber nicht um eine Eigentümerhypothek, wie man nach dem Wortlaut des § 1163 Abs. I S. 1 BGB annehmen könnte, sondern um eine echte Eigentümergrundschuld, § 1177 Abs. I BGB. Diese Bestimmung ist jedoch nur analog anwendbar, da eine "Verwandlung" mangels einer Forderung nicht stattfinden konnte: Das als Hypothek eingetragene Recht war schon ursprünglich Eigentümergrundschuld[4].

---

1) RGRK (Schuster) § 1163 Anm.11, Staudinger-Scherübl § 1163 Anm.16, RG Seuff.Arch. Bd.60 Nr.151, LZ Bd.30 S.589, HRR Bd.30 Nr.613, Palandt-Hoche § 1163 Anm.4 d.

2) Ackermann DNZ 1936 S.670, Baur SR § 46 III 1 b, Blomeyer DRW 1941 S.136, Böhmer ZADR 1940 S.173 II, Ehrenforth JW 1936 S.3219, Gierke S.925, Güthe-Triebel 6. Aufl. § 22 Anm. B II r^{aaa} S.546, Mayer Gruch.Beitr. Bd.56 S.525, Planck § 1113 Anm.5 g, Westermann § 96 A II, 3, Wolff-Raiser SR § 145 II S.602, RGRK Schuster § 1113, Anm.29, § 1163 Anm.9, Sattelmacher § 1163 Anm.12, Thümmler DNZ 1936 S.764, Soergel-Siebert-Baur § 1163 A 11, Wieacker S.24 III, 3 b, S.200, RG Bd.51 S.43, Bd.61 S.37, Bd.75 S.250, Bd.120 S.112, Bd.153 S.169, JW 1912 S.297 Nr.37, JW 1937 S.615 Nr.4, Gruch. Beitr. Bd.56 S.1072, Bd.58 S.833, KGJ Bd.45 S. A 290, Bd. 49 S. A 217.

3) Zur Problematik des vorläufigen Eigentümerpfandrechts im allgemeinen vgl. z.B. Kaps DR 1943 S.427, Oberneck LZ 1907 S.370 und insbes. v. Brunn JR 1935 S.169 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Grundsätzlich a.A. z.B. Güssefeld ZADR 1941 S.370.

4) Wolff-Raiser § 145 II S.602, ähnlich Wieacker § 24 III, 3 b, S.200.

e) Übergang des Pfandrechts vom Eigentümer auf den Hypothekar

Die Vorläufigkeit des Eigentümerpfandrechts hat zur Folge, daß durch Auszahlung der Hypothekenvaluta der Eigentümer das Recht automatisch verliert und es auf den Gläubiger übergeht, ohne daß dieser weitere Rechtshandlungen vornehmen müßte. So hat ungeachtet der kritischen Stimmen im Schrifttum das RG auf Grund einer an der Systematik des Gesetzes orientierten Auslegung die vorläufige Eigentümergrundschuld anerkannt und in der grundlegenden Entscheidung in Bd. 51 S. 43 ausgesprochen, daß das dingliche Recht gem. § 1177 BGB dem Eigentümer als Grundschuld zufalle, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelange; im Fall des § 1113 Abs. II erwerbe der eingetragene Gläubiger ein materielles Hypothekenrecht erst mit der Entstehung der Forderung[1].

Ausdrücklich hat das RG folgerichtig die Notwendigkeit einer Umwandlung gem. § 1198 BGB abgelehnt, wenn die Valutierung in Aussicht genommen ist, also bei einer Hypothek für eine zukünftige Forderung[2]. Desgleichen wird die Notwendigkeit der Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB verneint. Durch nachträgliche Valutierung werde vielmehr die gem. § 1163 BGB mit der Eintragung der noch nicht valutierten Hypothek zunächst entstandene Eigentümergrundschuld wieder beseitigt. Daraus folgt, daß durch die Valutierung allein und ohne weitere Rechtshandlung automatisch der Gläubiger das Eigentümerpfandrecht als Fremdhypothek erwirbt[3].

---

1) Vgl. die auf Seite 61 unter Fußn. 2 angeführten Nachweise.

2) RG Urteil v. 23.3.1905, 574/04 Seuff.Arch.Bd.60 Nr.151.

3) So auch für die Höchstbetragshypothek RG Bd.75 S.245, Bd.97 S.226, Bd.125 S.136, Bd.153 S.170; Staudinger-Scherübl § 1114 Anm.13 b, § 1163 Anm.16, Planck-Strecker § 1163 Anm.3 c, Westermann § 96, II, 6, RGRK (Schuster) § 1190 Anm.1, Wolff-Raiser § 145, Fußn.3, 9, 16; sowie Literaturangaben S. 61 Fußn. 1.

III. Verwendung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als Sicherungsrecht

Bis jetzt steht fest, daß dem Eigentümer nach Eintragung des Hypothekars bis zur Entstehung der Forderung durch Auszahlung des langfristigen Kredits eine Eigentümergrundschuld zugefallen ist. Wie bereits ausgeführt[1], benötigt jedoch der Bauherr lange vor Fertigstellung des Baus und damit vor Valutierung der Hypothek Mittel zur Abdeckung der laufend anfallenden Baukosten. Diese beschafft er sich durch die Aufnahme eines Zwischenkredits. Der Zwischengläubiger verlangt aber ebenso wie der endgültige Gläubiger Sicherung seiner Forderung. Als Sicherungsrecht bietet sich dem Eigentümer die auf ihn übergegangene, vorläufige Eigentümergrundschuld an. Handelt es sich bei diesem Recht nun um ein selbständig übertragbares Pfandrecht, wird durch die Übertragung sein Charakter der Vorläufigkeit geändert und birgt die eventuelle Erhaltung der Valutierbarkeit auch nach dem Rechtsübergang auf den Zwischengläubiger eine Gefahr für den Bestand der Sicherung?

a) Verfügungsbefugnis des Eigentümers

Wie bei Vornahme einer jeden Verfügung die Verfügungsbefugnis erforderlich ist, so muß auch hier dem Eigentümer die Verfügungsbefugnis über das Recht zustehen. Bis zur Valutierung hat er das Pfandrecht voll und ausschließlich in Händen. Die jederzeit mögliche Valutierung begrenzt das Recht lediglich nach der Dauer seiner Zuordnung, nicht nach seinem Inhalt. Welche Folgen die Eintragung des Hypothekengläubigers

---

1) S. 32 ff.

auf das vorläufig entstandene Pfandrecht hat, wird noch erörtert, insbesondere die daraus resultierende Einrede des Gläubigers gegen den Berichtigungsanspruch des Eigentümers, die jenem ein Recht auf Erhaltung der Buchposition gibt. Negativ besteht Einigkeit, daß der Valutierbarkeit nicht die Bedeutung eines absoluten Verfügungsverbotes zukommt[1]. Für die dingliche Grundlage des Valutierungsrechts folgt dies bereits aus § 137 BGB. Auch aus der vorhandenen Buchstellung des Hypothekengläubigers und der fehlenden Verlautbarung des Rechts des Eigentümers folgt nicht die Aufhebung der Verfügungsmacht des Berechtigten. Dies hat das Reichsgericht bereits klar für die Höchstbetragshypothek ausgesprochen[2]. Eine abweichende Beurteilung des hier vorliegenden Sachverhalts ist angesichts des rechtlich gleichgelagerten Tatbestandes nicht möglich.

Der Berechtigte i.S. des § 873 BGB ist in der Regel der Rechtsinhaber[3]. Diesem kommt auch die Verfügungsbefugnis zu. Das Auseinanderfallen von Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis bildet die Ausnahme. Hauptfälle sind z.B. die Bestellung eines Testamentsvollstreckers §§ 2211, 2205 BGB, eines Nachlassverwalters §§ 1984, 1985 BGB oder eines Konkursverwalters, § 6 KO. Von einer derartigen Ausnahmesituation kann hier aber nicht die Rede sein. Demnach gilt die Regel, daß dem Rechtsträger auch die Verfügungsmacht zukommt[4], [5].

---

1) Quincke ZADR 1936 S.1086, Thümmler DNZ 1936 S.766.

2) RG Bd. 120, S.112.

3) RGRK (Pritsch) § 873 Anm.76, Planck-Strecker § 873 III 1 a.

4) Blomeyer DRW 1941 S.123, Staudinger-Scherübl § 1163 Anm.16 e.

5) a.a.O. Gierke, der auch einen Berichtigungsanspruch des Eigentümers verneint, und deshalb jede Verfügungsmöglichkeit in Abrede stellt: DtPr.R.Bd. 2 S.926 § 166 IV, 1 b u. Note 27.

Einer Voreintragung des Berechtigten bedarf es nicht. Dieses Erfordernis ist im anderen Zusammenhang von Bedeutung. Entgegen dem § 828 des I. Entwurfs zum BGB ist in der Vorschrift des § 873 BGB das Wort "eingetragen" weggelassen worden[1]. Die heute das Prinzip der Voreintragung anordnende Bestimmung des § 39 GBO ist nur eine Ordnungsvorschrift, die auf die materielle Wirksamkeit der Einigung keinen Einfluß hat. Demnach kommt dem Grundstückseigentümer über die Grundschuld die Verfügungsberechtigung zu und er kann sie wirksam auf den Erwerber übertragen, selbst wenn er nicht im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist.

Die Wirksamkeit der Zession hängt auch nicht vom guten Glauben des Zwischenkreditgebers ab. Der Eigentümer ist voller Rechtsinhaber. Der Satz, nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet, bedeutet für ihn somit keine Einschränkung. Daß der Zwischenkreditgeber stets das Buchrecht des Hypothekengläubigers kennen wird, ist für den Erwerb des Pfandrechts unschädlich.

b) Form der Abtretung

Kann das vorläufige Recht nun grundsätzlich übertragen werden, so bedarf es der Feststellung, wie die Abtretung im einzelnen zu erfolgen hat.

Für die Buchgrundschuld bestimmen die §§ 873, 1192, 1154 Abs. III BGB die Form der Zession: Stets sind Einigung und Eintragung erforderlich. Die für das endgültig entstandene Recht geltenden Vorschriften sind auch auf das vorläufige

1) Vgl. dazu Motive Bd. 3 S.160, Protokolle zum BGB Bd. 3 S. 54.

Recht anwendbar, da auch die vorläufige Eigentümergrundschuld eine vollgültige Grundschuld ist[1].

Lent[2] beruft sich für das Gegenteil auf die herrschende Meinung, nach der das vorläufige Recht nicht auch nach den Vorschriften der §§ 1192, 1154 Abs. III BGB übertragbar sein soll, sondern als ein Recht eigener Art den Bestimmungen über dingliche und eintragungsfähige Rechte nicht unterliege.

Eine solche herrschende Ansicht gibt es aber nicht. Lent folgert sie auch nur aus einem anderen Sachverhalt. Zu Recht geht er davon aus, daß auch die Grundschuld aus einer Buchhypothek für eine künftige Forderung ein Buchpfandrecht ist, das nicht eingetragen werden kann[3]. Nun zieht Lent aber einen irrigen Schluß: Er meint, die herrschende Lehre folgere aus der Nichteintragbarkeit der vorläufigen Eigentümerbuchgrundschuld nicht auch ihre Unübertragbarkeit, sondern umgekehrt, daß sie ohne Eintragung im Grundbuch veräußert werden könne. Dieser Schluß ist aber nicht der der herrschenden Meinung, wie sich aus Fußnote 1) unten ergibt.

Die Schwierigkeiten der herrschenden Auffassung ergeben sich gerade daraus, daß sie sich an die für die endgültigen Rechte maßgebenden Bestimmungen gebunden hält. Diese verlangen aber beim Buchrecht die Eintragung des Erwerbers als konstitutiven Tatbestandsteil.

---

1) Boehmer ZADR 1940 S.173, Lent ZADR 1937 S.37, Planck-Strecker § 1163 Anm.3 b u. c, Wolff-Raiser § 146 III 1 b, Soltau DNZ 1938 S.73, Weber DNZ 1938 S.69, OLG Kiel Seuff.Arch. Bd.69 S.400 Nr.215.

2) DNZ 1937 S.724 Ziff. 2.

3) RG Bd. 61 S.377, Bd.75 S.250, Bd.153 S.170, Planck-Strecker § 1163 Anm. 3 a, Staudinger-Scherübl § 1163 Anm. 16 c.

c) Nichteintragbarkeit der Abtretung des vorläufigen Grundpfandrechts

Das erste Hindernis für die Eintragung des Erwerbers ist formeller Art: Der von der Eintragung des Rechts Betroffene, hier der Grundstückseigentümer, muß voreingetragen sein (§ 39 Abs. I GBO). Eine Abweichung von diesem "formellen Konsensprinzip" gestatten nur die Fälle der §§ 39 und 40 GBO. Bei der Übertragung eines bis zur Forderungsentstehung dem Eigentümer zugefallenen vorläufigen Grundpfandrechts liegt aber ein solcher Ausnahmetatbestand nicht vor. Nur beim Erwerb der dem Eigentümer kraft Gesetzes endgültig zugefallenen Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 BGB besteht weitgehend Einigkeit, daß es einer Voreintragung des Eigentümers für die weitere Abtretung des Rechts an einen Dritten nicht bedarf[1].

Hat der Eigentümer dem langfristigen Kreditgeber eine Buchhypothek eintragen lassen und beabsichtigt er eine Übertragung des aus der Eintragung bis zur Forderungsentstehung hervorgegangenen vorläufigen Buchrechts, so geht es nicht an, allein mit dem Hinweis, daß die Voreintragung des Berechtigten nicht durchführbar sei, die Abtretbarkeit des Buchrechts zu verneinen. Die Frage stellt sich vielmehr dahin, ob dem vorläufigen Eigentümerpfandrecht grundsätzlich der Weg ins Grundbuch versperrt ist, das Recht also aus materiell-rechtlichen Gründen der Verlautbarung dort entzogen ist.

---

1) Hesse-Saage-Fischer § 39 Anm. II 3, KGJ 50, S. 210.

Nicht eindeutig zu dieser Frage äußert sich die Rechtsprechung. So werden Hindernisse des formellen und materiellen Rechts in der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 41 S. 374 nicht unterschieden, wenn gesagt wird, daß die aus der Hypothekenbestellung für künftige Forderungen entstehende vorläufige Eigentümergrundschuld keineswegs ohne weiteres im Grundbuch eintragbar wäre und daß demgemäß auch etwaige Verfügungen über sie nicht eingetragen werden könnten. Das Wesen des Grundbuchs spräche gegen die Zulässigkeit solcher Eintragungen und der § 39 GBO insbesondere.

Klarer spricht sich schon das Reichsgericht in Bd. 75 S. 25 aus, wo die Nichteintragbarkeit des vorläufigen Rechts festgestellt und daraus richtig die Folgerung der Nichteintragbarkeit auch der Zession des Rechts gezogen wird: Indem das Gesetz die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung vorsehe, und mit der Eintragung dieser Hypothek eine durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben treten lasse, bringe es gleichzeitig zum Ausdruck, daß während des Schwebens der Bedingung die Eigentümergrundschuld nicht zur Darstellung kommen könne. Aus der Nichteintragbarkeit der Eigentümergrundschuld während des Schwebezustandes folge aber ohne weiteres, und dies stelle § 39 GBO noch besonders klar, die Nichteintragbarkeit einer etwa zulässigen Abtretung. Das Gericht hebt entscheidend darauf ab, daß neben dem Vermerk der Hypothek kein Raum für die Eintragung des vorläufigen Rechts sei; es verneint ausdrücklich nicht das Bestehen eines der Verfügung des Eigentümers unterliegenden Rechts.

Der Nichteintragbarkeit der Übertragung des vorläufigen Grundpfandrechts entspricht die fehlende Eintragungsfähigkeit der Belastung eines solchen Rechts. Auch bei der Pfändung oder Verpfändung einer durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek dem Eigentümer nur vorläufig zustehenden Eigentümergrundschuld geht das RG[1)] davon aus, daß die Belastung im Grundbuch nicht verlautbart werden kann, einmal weil durch solche Eintragungen die Übersichtlichkeit des Grundbuchs leide und der Grundbuchverkehr erheblich erschwert werde, zum anderen weil der Eintragung § 39 GBO entgegenstehe, der verlange, daß nur gegenwärtige und endgültige Rechte Gegenstand einer eintragbaren Verfügung sein konnten.

Die Gründe, aus denen das Reichsgericht die Eintragung einer Verfügung über ein vorläufiges Recht ablehnt, sind also ausschließlich grundbuch-verfahrensrechtlicher Art. Die Frage, ob auch aus materiellen Gründen das vorläufige Recht nicht eintragbar ist und deshalb auch einer Verfügung über dieses Recht die Eintragungsfähigkeit fehlt, wird nicht aufgeworfen. Ebensowenig geht das Gericht, das die in Widerspruch zu §§ 39, 40 GBO erfolgte Eintragung der Pfändung und Verpfändung der vorläufigen Post für wirksam hält, darauf ein, ob durch die Verlautbarung der Verfügung im Grundbuch das Recht den Charakter seiner Vorläufigkeit eingebüßt hat oder nicht.

Wollte man die Entscheidung, ob das vorläufige Recht im Grundbuch eintragbar ist und damit auch seine Abtretung oder Belastung im Grundbuch verlautbart werden kann, allein an Hand der grundbuch-rechtlichen Verfahrensvorschriften treffen, so müßte das Ergebnis wenig befriedigend ausfallen. Denn wenn nach materiellem Recht ein vollwertiges - wenn auch nur vorläufiges - Grundpfandrecht entsteht, so ist nicht

---

1) Bd. 120 S. 112.

einzusehen, daß es durch formelle Bestimmungen praktisch wertlos gemacht werden könnte, wenn seine Verlautbarung im Grundbuch und damit seine Übertragbarkeit auf Dritte ausgeschlossen wäre. Eine so weitgehende Beeinträchtigung muß ihren Grund vor allem im materiellen Recht selbst haben. Der Ausschluß des vorläufigen Rechts vom Grundbuch ist deshalb auf seinen rechtlichen Charakter zurückzuführen, eben auf seinen nur vorübergehenden Bestand. Die Eintragung würde diese Vorläufigkeit und somit die Valutierbarkeit in Frage stellen[1].

Zutreffend stellt daher Westermann wohl auch auf die materielle Rechtslage für die Zuordnung des Grundpfandrechts ab[2] und verneint die Eintragungsfähigkeit des vorläufigen Rechts. Ob er allerdings seine Ansicht auf den Charakter der Vorläufigkeit oder auf § 39 GBO stützt, ist nicht klar erkennbar. Da er aber eine entgegen § 39 GBO vorgenommene Eintragung für wirksam hält, weil diese Bestimmung nur Ordnungsfunktion habe, scheint er die Nichteintragbarkeit der Zession vor allem auf diese Vorschrift zu stützen und weniger auf den materiellen Inhalt des vorläufigen Grundpfandrechts.

Nach Staudinger[3] bedarf die Verfügung über die vorläufige Eigentümerbuchgrundschuld der Eintragung im Grundbuch; diese scheitere jedoch an § 39 GBO, da der Eigentümer die Eintragung seines Rechts nicht durchsetzen könne, solange es noch unter der auflösenden Bedingung der Valutierung stehe.

In der Tat kommt eine Eintragung des Eigentümers in der Form, daß der Hypothekengläubiger im Grundbuch gelöscht wird, ohne Zerstörung der Valutierungsmöglichkeit nicht in Betracht[4]. Daran ist erst dann zu denken, wenn endgültige Klarheit über Bestand und Höhe der Forderung bzw. deren Nichtentstehung geschaffen ist.

---

1) vgl. S. 88 ff.
2) § 96 A II, 6
3) § 1163 Anm. 16 e
4) Baur § 46 III, 2, Palandt-Hoche § 1163 Anm.4 d, Wolff-Raiser § 146 III 1 b, Siebert-Baur § 1163 Anm.11, Westermann § 96 A I, 3, A II, RG DNZ 1935 S.49

d) Unbrauchbarkeit der vorläufigen Eigentümerbuchgrundschuld zur Zwischenkreditsicherung

Der herrschenden Ansicht, nach der nur endgültige Rechte im Grundbuch verlautbart werden können, ist beizutreten. Die Nichteintragbarkeit der Verfügung über ein vorläufiges Grundpfandrecht hat ihren Grund zuerst darin, daß das vorläufige Recht selbst nicht eingetragen werden kann, und zwar deshalb, weil die Verlautbarung vorläufiger dinglicher Rechte mit dem Sinn und Wesen des Grundbuchs in Widerspruch stehen würde, wie das Reichsgericht[1] zutreffend dargelegt hat.

Das Grundbuch hat die Aufgabe, die für eine in der Regel längere Laufzeit geschaffenen dinglichen Rechte auszuweisen. Es soll ferner über die an einem Grundstück bestehenden Rechtsverhältnisse erschöpfend und übersichtlich Auskunft geben. Beide Ziele wären vereitelt, ließe man neben der Eintragung des für das endgültige Recht bestimmten Gläubigers die Eintragung des jeweiligen Rechtsträgers der zwischenzeitlichen Rechtspositionen und damit die Verlautbarung der vorläufigen Rechte überhaupt zu. Infolge des jederzeit möglichen Wechsels der Person des Berechtigten entziehen sie sich naturgemäß dem Festhalten durch die auf lange Dauer berechnete Eintragung im Grundbuch. Denn im Fall des § 1113 Abs. II BGB kann sich die Rechtslage in jedem Augenblick ändern, wenn nämlich der Gläubiger die Forderung zur Entstehung bringt und damit das Recht als Hypothek auf ihn übergeht. Der nach der Eintragung des vorläufigen Rechts verlautbarte Buchinhalt würde zu keinem Zeitpunkt mit Sicherheit der materiellen Rechtslage entsprechen; der Gläubiger könnte stets durch Valutierung das Recht bereits erworben haben. Würde das Grundbuch über derartige vorläufige

1) RG Bd. 61 S. 374, Bd. 75 S. 250, Bd. 84 S. 80

und bestandsunsichere Rechtsverhältnisse Auskunft geben können und sollen, so wäre es seiner Funktion beraubt, als zuverlässige Grundlage für den Erwerb von Grundstücksrechten zu dienen.

Sicherlich liegt die Eintragungsvoraussetzung vor, daß dem Voreinzutragenden das Recht tatsächlich zusteht. Es darf ihm nicht nur möglicherweise eines Tages zufallen[1], wie dies während der Laufzeit eines Hypothekenkredits beim Grundstückseigentümer der Fall ist, der dann zum Fälligkeitstermin die Hypothekensumme zurückzahlt und das Pfandrecht als Eigentümergrundschuld erwirbt, §§ 1163 Abs. I S. 2, 1177 Abs. I BGB. Dieser Gesichtspunkt allein genügt aber nicht, um die Nichteintragbarkeit eines vorläufigen Rechts zu begründen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß, wenn der Gesetzgeber die Hypothekenbestellung für eine zukünftige Forderung in §§ 1113 Abs. II BGB zugelassen hat und damit wenigstens eine vorübergehende Unrichtigkeit des Grundbuchs in Kauf genommen hat, er nicht gleichzeitig die Eintragung des Eigentümers als Berechtigten aus der so entstandenen vorläufigen Eigentümergrundschuld mit all den daraus sich ergebenden Unklarheiten und Unsicherheiten des Grundbuchverkehrs beabsichtigt haben kann.

Deshalb ist die vorläufige Eigentümerbuchgrundschuld weder eintragbar noch abtretbar. Für die Zwischenkreditsicherung kann sie nicht verwendet werden[2].

---

1) Planck-Strecker§1163 Anm. 3, § 1177 Anm.4 c, Wolff-Raiser § 146 III 1 c, RG Bd.61 S.374, Bd.72 S.275, Bd.75 S.250, Bd.97 S.227.

2) Boehmer ZADR 1940 S.241, Dehne DNZ 1936 S.666, Ehrenforth JW 1936 S.3219, Obermair DNZ 1936 S.659, Quincke ZADR 1936 S.1086 II, Staudinger-Scherübl § 1163 Anm.16 c, Lent DNZ 1937 S.724, Soltau DNZ 1938 S.75, Recke JW 1936 S.3221, RG Bd.56 S.14, Bd.61 S.374, Bd.72 S.275, Bd.75 S.250, Bd.97 S.227, Bd.120 S.112.

e) Verwendung der vorläufigen Eigentümerbriefgrundschuld

Nicht richtig wäre hier zunächst der Schluß Ackermanns[1], daß, wenn das Buchrecht nicht übertragbar sei, gleiches auch für das Briefrecht gelte. Aus dem materiellen Recht ergibt sich eine derartige Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit über das unstreitig vorhandene dingliche Recht nicht. Die Abweichung des Briefrechts in diesem Punkt vom Buchrecht gründet sich allein auf die verschiedene Ausgestaltung, die das Gesetz dem Briefrecht hat zukommen lassen. Die Verbriefung des Rechts soll seine leichtere und schnellere Übertragbarkeit bewirken und damit seine Verkehrsfähigkeit steigern. Das führt dazu, daß das vorläufige Eigentümerbriefpfandrecht nicht nur der Eintragung im Grundbuch neben der bereits verlautbarten Hypothek für eine zukünftige Forderung entzogen ist, sondern überhaupt nicht eingetragen zu werden braucht. Daraus folgt aber, daß auch die Übertragung dieses Rechts nicht an die Eintragung im Grundbuch geknüpft ist, sondern nach der leichteren Form der §§ 1154 Abs. I 1. Halbs., 1192 Abs. I BGB erfolgen kann[2], die auch für vorläufige Rechte gilt.

Zur Übertragung des Briefrechts erteilt der Grundstückseigentümer dem Zwischenkreditgeber eine schriftliche Abtretungserklärung; öffentliche Beglaubigung ist im allgemeinen zwar möglich und zweckmäßig zur Begründung des guten Glaubens des Empfängers, aber bei der Übertragung zum Zweck der Zwischenkreditsicherung sind alle Beteiligten mit der Rechtslage vertraut, so daß es eines Gutglaubensschutzes nicht bedarf. Die Vorteile sind, daß die Kosten der Beglaubigung erspart werden und die Gefahr einer möglichen Verzögerung entfällt. Die wertpapierähnliche Funktion des Briefes macht das Recht im Vergleich zum Buchrecht bedeutend

1) DNZ 1936 S. 241, 345.
2) Quincke ZADR 1936 S. 1087, Ehrenforth JW 1936 S. 3219.

verkehrsfähiger. Seine Lösung vom Eintragungszwang gestattet daher eine erheblich erweiterte Verwendung, wie es sich gerade hier beim vorläufigen Pfandrecht herausstellt[1].

f) Nach welchen Bestimmungen vollzieht sich die Übertragung?

Da, wie bereits festgestellt, vorläufige Rechte nach den für das Vollrecht bestehenden Bestimmungen übertragen werden, und hier eine Eintragung im Grundbuch ausgeschlossen ist, muß die Übertragung gemäß § 1154 Abs. I S. 1 BGB durch Abtretungserklärung und Briefübergabe vorgenommen werden.

1. Inhalt der Abtretungserklärung

Die Fassung der Abtretungserklärung könnte Zweifel bereiten. Muß in ihr gesagt werden, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld aus der nicht valutierten Hypothek übertragen wird?

Ehrenforth[2] bejaht dies aus dem Grunde, daß sonst die Gefahr bestünde, daß der Zwischenkreditgeber oder ein weiterer Zessionar gutgläubig die Hypothek erwerben könnte. Allein einem gutgläubigen Erwerb der Hypothek wird schon deshalb die Grundlage entzogen, weil nicht der zedierende Eigentümer, sondern der Hypothekar im Grundbuch steht und die Abtretungserklärung nicht beglaubigt wird.

Man kann auch nicht sagen, daß, wenn die Erklärung ihrem Wortlaut nach auf die Hypothek lautet, sie sich dann nicht auf die vorläufige Grundschuld beziehe, über sie also überhaupt keine Abtretungserklärung vorliege. Die Parteien sind

---

1) Dehne 1936 S.664, Obermair DNZ 1936 S.659, Thümmler DNZ 1936 S.763, Bank-Arch. 1936 S.439 ff.

2) JW 1936 S. 3220.

sich auf jeden Fall darüber einig, daß das Eigentümerpfandrecht übertragen werden solle; deshalb wäre die Benennung der Hypothek unschädlich als eine falsa demonstratio. Folglich kann Recke[1] zugestimmt werden, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld zur Vermeidung von Unklarheiten in der Abtretungserklärung zweckmäßigerweise zu erwähnen ist, aber die Zession auch dann wirkt, wenn dies nicht geschieht und nur von der Hypothek die Rede ist.

2. Verschaffung des Briefbesitzes

Neben die dingliche Einigung über den Übergang der Forderung in Form der schriftlichen Abtretungserklärung muß als zweites konstitutives Verfügungselement die Briefübergabe treten. Der Eigentümer hat in der Regel nicht den unmittelbaren Briefbesitz, weil der Hypothekengläubiger die Kreditzusage nur dann erteilt, wenn alle Voraussetzungen zum Erwerb der Hypothek bis auf die Forderungsentstehung vom Eigentümer und zukünftigen Darlehensschuldner geschaffen werden, wozu auch die Übergabe des Hypothekenbrief oder eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. II BGB gehört, die die gleiche Wirkung hat wie die Briefübergabe[2].

Wird nun dem Zwischengläubiger die Erlangung des unmittelbaren Briefbesitzes abgeschnitten, so muß er sich mit der mittelbaren Herrschaftsgewalt begnügen, wenn ihm diese eingeräumt werden kann und dadurch nicht die Wirksamkeit des Sicherungsrechts beeinträchtigt wird.

---

1) JW 1936 S. 3221
2) Rg Bd. 93 S. 251

Im Fall des § 1117 Abs. II BGB bedarf es zur Begründung der Hypothek, vorausgesetzt, daß die Forderung schon besteht, nicht erst der Übergabe des Briefes durch den Eigentümer an den Gläubiger, sondern es genügt bereits eine entsprechende Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekar über die Aushängigung des Briefes durch das Grundbuchamt. Die Folge ist, daß mit der Eintragung der Hypothekar das Recht schon dann erwirbt, wenn ihm der Brief noch nicht ausgehändigt, ja sogar der Brief noch nicht einmal ausgefertigt worden ist. Bis zur Begründung der Forderung fällt jedoch auch hier dem Eigentümer ein vorläufiges Grundpfandrecht zu.

Kann nun der Eigentümer, wenn er in diesem Zeitpunkt über die Post verfügt, dem Zessionar auch den Besitz am Brief verschaffen? Dies wäre ihm nur dann möglich, wenn er den Briefbesitz in irgendeiner Form erlangt hat oder erlangen wird. Zunächst bleibt die zwischen ihm und dem Hypothekar nach § 1117 Abs. II BGB getroffene Abrede wirksam, da ein einseitiger Widerruf ausgeschlossen ist[1]. Das bedeutet aber nur, daß der Hypothekar eine Hypothek beim Vorliegen der sonstigen Entstehungsvoraussetzungen selbst dann schon mit der Eintragung erwirbt, wenn das Grundbuchamt den Brief abredewidrig dem Eigentümer statt dem Hypothekar aushändigt. In der Praxis übergibt jedoch das Grundbuchamt dem Eigentümer deshalb nicht den Brief, weil die Vereinbarung nach § 1117 Abs. II BGB regelmäßig in der Form der §§ 60 Abs. II, 29 Abs. I S. 1 GBO vorliegen wird und somit für das Grundbuchamt verbindlich ist. Das Grundbuchamt wird den Brief daher dem Hypothekar zustellen. Wie noch auszuführen ist[2], vermittelt der Hypothekar bis zur Forderungsentstehung als unmittelbarer Fremdbesitzer dem Eigentümer den Briefbesitz. Diesen mittelbaren Besitz kann der Eigentümer dem Zwischenkreditgläubiger verschaffen nach § 931 BGB, und zwar, wenn

1) RG Bd. 93 S. 251.
2) S. 80 ff.

das Grundbuchamt den Brief dem Hypothekar nicht ausgehändigt hat, durch antezipiertes Besitzkonstitut.

Ist der Brief bereits in den Händen des Hypothekars, wenn der Eigentümer über das vorläufige Recht zugunsten des Zwischengläubigers verfügt, so kommt eine Besitzverschaffung, da auch in diesem Fall der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer ist, nur nach den Bestimmungen des § 1117 Abs. I S. 2 BGB in Betracht. Dabei scheidet ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 930 bzw. § 871 BGB aus; eine Besitzbegründung nach diesen Bestimmungen würde bedeuten, daß zwischen dem Eigentümer als erstem mittelbarem Besitzer und dem Zwischenkreditgläubiger als mittelbarem Besitzer 2. Stufe ein Besitzmittlungsverhältnis begründet werden würde, während durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den Hypothekar der Zwischenkreditgläubiger mittelbarer Besitzer ersten Grades wird. Deshalb wird diese letztere Besitzbegründung am Hypothekenbrief vorgezogen.

Nach § 931 BGB wird also der Zwischenkreditgeber mittelbarer Besitzer des Hypothekenbriefs, wenn ihm der Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe des Briefes gegen den Hypothekar abtritt. Die Frage erhebt sich, von welchem Anspruch im Gesetz die Rede ist, dem dinglichen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB oder einem sonstigen Anspruch des Eigentümers.

3. Abtretung des Anspruchs aus § 985 BGB

Die für den Eigentumsherausgabeanspruch erforderliche Voraussetzung, daß der Grundstückseigentümer auch Eigentümer des Briefes ist, würde vorliegen. Das Pfandrecht ist zwar für den Hypothekengläubiger bestellt, der auch bereits im Grundbuch eingetragen ist, doch steht das Eigentum am Brief nach § 952 BGB dem Inhaber des Pfandrechts zu. Mangels

Forderung hat der Hypothekar das dingliche Recht noch nicht erworben; steht das Pfandrecht aber dem Eigentümer zu, so ist dieser auch noch Eigentümer des Briefes.

Doch ist die Annahme, daß dem das Eigentümerpfandrecht an den Zwischenkreditgeber zedierenden Grundstückseigentümer auch noch nach Aushändigung des Briefes an den Hypothekar das Eigentum an der Urkunde verblieben sei und ihm ein Briefherausgabeanspruch zustehe, nicht unbestritten. Von seiner These aus, daß der Gläubiger die Hypothek für zukünftige Forderung bereits mit der Eintragung erwerbe, bejaht Bourier konsequent auch, daß er Eigentümer des Briefes wird[1)]

Recke ist der Auffassung, daß Eigentümer und künftiger Hypothekar eine vollwirksame, unbedingte Übereignung des Briefes gewollt und vorgenommen haben[2)]. Sei aber der Gläubiger Briefeigentümer geworden, so habe der Eigentümer auch keinen Herausgabeanspruch mehr. Die dingliche Einigung könne bereits schon vor der Valutierung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden, da die Eigentumsregelung am Brief der freien Parteivereinbarung unterliege (§ 952 Abs. II BGB); zumindest sei ein stillschweigender, auf Übertragung des Eigentums gerichteter Parteiwillen anzunehmen, der sich aus dem Darlehensvertrag und der Weisung des Eigentümers an das Grundbuchamt ergebe, den Brief dem Hypothekar unmittelbar zu übersenden (§ 60 Abs. II GBO). Stimme man dem nicht zu, so scheitere die Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs jedoch daran, daß der Hypothekar dem Herausgabeverlangen ein Recht zum Besitz auf Grund des Darlehensvorvertrages entgegenhalten könne.

---

1) ZADR 1937 S. 567

2) JW 1936 S. 3221, 1937 S. 81

Ebenso verneint Lent[1] einen Herausgabeanspruch des Eigentümers unter Hinweis auf die dingliche Anwartschaft des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek. In der Aushändigung des Briefes vor Entstehung der Hypothek liege eine aufschiebend bedingte Übereignung des Briefes; der Eigentümer habe dem Gläubiger den Brief nicht nur zur Einsicht überlassen wollen. Dem bedingten Recht entspreche das bedingte Eigentum an der Verbriefung des Rechts. Die Rechtslage müsse hier genauso wie beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises beurteilt werden.

Später wendet sich Lent[2] gegen die Übertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld nach § 931 BGB mit verschiedenen Argumenten. Einmal entfalle ein Herausgabeanspruch, wenn man mit der herrschenden Meinung[3] das Besitzrecht des Hypothekars, das er gemäß § 986 Abs. II BGB geltend machen könne, nicht als Einrede, sondern als Einwendung auffasse. Zum anderen sei der Eigentümer darauf beschränkt, nur sein eigenes, auflösend bedingtes Recht auf Erwerb zu übertragen; daß durch Valutierung die Hypothek automatisch entstünde, könne der Zwischengläubiger nicht verhindern. Und da der Baugeldgläubiger die Auszahlung der Valuta an sich nicht erzwingen könne, sei er mit oder ohne Verwendung des Briefes gleich schlecht gesichert.

Weder Recke noch Lent kann beigepflichtet werden.

Für die Annahme Reckes läßt sich weder ein ausdrücklicher noch ein stillschweigender Parteiwillen feststellen. Der Hypothekar soll zunächst nur den unmittelbaren Briefbesitz erlangen. Erst wenn die Hypothek zur Entstehung gelangt, soll ihm das Eigentum am Brief zufallen. Zwar ist § 952

---

1) DNZ 1937 S.386, S. 723 ff, ZADR 1937 S.41.
2) DNZ 1938 S.133 I, 1.
3) Für die er Wolff § 84 IV c und Planck § 986 zitiert.

Abs. II BGB nachgiebiges Recht[1]. Dafür, daß der Eigentümer dem Gläubiger das Briefeigentum verschafft, besteht aber kein Grund. Der Hypothekar hat auch kein Interesse an einer derartigen Vorleistung des Eigentümers[2]. Vor Valutierung ist der Gläubiger durch sein Besitzrecht hinreichend geschützt; nach Auszahlung greift die Regel des § 952 BGB ein, auch wenn die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb nach den Bestimmungen der §§ 929 ff. BGB nicht vorliegen[3]. Gemäß dieser Bestimmung ist allein auf die Inhaberschaft des Pfandrechts und die Ausstellung der Urkunde abzustellen. Wie der eingetragene Hypothekar Besitz am Brief erlangt, ist dabei ohne Bedeutung.

Die Bedenken Lent's richten sich genau besehen nicht dagegen, daß dem Grundstückseigentümer vor Valutierung noch das Briefeigentum zustehen soll, sondern nur gegen die Existenz eines zur Übertragung verwendbaren Herausgabeanspruchs und gegen die Wirksamkeit der Sicherung, die durch seine Zession erlangt wird. Zu letzterem aber später.

4. Abtretung des obligatorischen Anspruchs des Eigentümers gegen den Hypothekar

Aus der Systematik der Eigentumsverschaffungsvorschriften der §§ 929 ff. BGB, die neben dem dinglichen Vertrag die Erlangung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes zum wirksamen Eigentumsübergang fordern, ergibt sich, daß § 931 BGB nicht den aus dem Eigentum fließenden Herausgabeanspruch im Auge haben kann, sondern den Anspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis. Folglich überträgt der Eigen-

1) Erman-Hefermehl § 952 Anm.1, Staudinger-Berg § 952 Anm.18, RG Bd.51 S.85, zweifelnd Palandt-Hoche § 952 Anm.4.

2) Obermair JW 1937 S.80 Nr.2.

3) RG Bd.51 S.88, Bd.91 S.157, Planck-Brodmann § 952 Anm.2 b.

tümer seinen mittelbaren Besitz durch Abtretung des Anspruchs aus dem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis, also aus Miete, Verwahrung etc.[1].

Der Anspruch aus § 985 BGB ist somit überhaupt nicht Gegenstand der Zession bei der Eigentumsübertragung. In den Fällen der Einigung mit Besitzverschaffung wie auch dort, wo der Eigentümer überhaupt keinen Besitz an der Sache hat und die Übereignung durch bloßen Vertrag vorgenommen werden kann, hat der dingliche Anspruch stets außer Betracht zu bleiben. Wollte man ihn als Gegenstand der Abtretung ansehen, so müßten bei der Übereignung ohne Besitzverschaffung die Parteien nicht nur über den Eigentumsübergang, sondern auch noch über die Abtretung des Anspruchs aus § 985 "einig sein"[2].

Scheidet der dingliche Anspruch als Gegenstand der Zession aus, so kann es sich nur um die Übertragung eines zwischen dem Hypothekar und dem Eigentümer bestehenden, das Besitzmittlungsverhältnis konkretisierenden, obligatorischen Herausgabeanspruchs handeln. Bereits bei der Frage nach dem Briefeigentum vor Valutierung der Hypothek wurde festgestellt, daß das Interesse des Eigentümers dahin geht, die Begründung des Grundpfandrechts für den Hypothekar nur soweit voranzutreiben, wie es zum Erwerb des Rechts durch bloße Auszahlung des Darlehens nötig ist. Dem entspricht auf der anderen Seite, daß dem Hypothekar an der Erlangung einer mehr als diesen Erfolg sicherstellenden Rechtsmacht nichts zu liegen braucht. Das führt dazu, daß dem Eigentümer nicht nur das Briefeigentum verbleibt, sondern auch der Besitz, allerdings in der Regel nur der mittelbare Besitz, da der Hypothekar den Brief in den Händen haben muß,

---

1) Soergel-Siebert-Oechßler § 931 Anm.4, Westermann § 41 II 4, Wolff-Raiser § 67 II 1, BGH NJW 1959 S.1536, a.M. Oertmann Arch. Ziv. Prax. Bd.113 S.92, RGRK § 931 Anm.5.

2) Wolff-Raiser § 67 II, 2.

wenn er das Pfandrecht erwerben soll. Dem tragen die Parteien dadurch Rechnung, daß sie meist ausdrücklich ein Verwahrungsverhältnis vereinbaren mit dem Inhalt, daß bis zur Valutierung der Hypothekar den Brief für den Eigentümer besitzen soll. Fehlt eine Regelung über den Briefbesitz im Hypothekenbestellungsvertrag, so läßt sich ohne Zwang durch Auslegung der Abmachungen ein wenigstens stillschweigend abgeschlossener Verwahrungsvertrag annehmen. Dem Pfandgläubiger fehlt der Wille zum Eigenbesitz, ihm genügt, wenn durch die Eintragung und durch den tatsächlichen Briefbesitz die sichere Grundlage zum Erwerb des dinglichen Rechts bei Auszahlung geschaffen ist. Hierzu reicht aus, wenn er den Briefbesitz mit Fremdbesitzerwillen ausübt. Bekundet er diesen nicht bereits auf Grund ausdrücklicher Abrede, so ist er an Hand der Auslegung und Wertung der Interessenlage feststellbar.

Daß der Herausgabeanspruch nicht durchgesetzt werden kann, weil ihm das Besitzrecht des Hypothekars gem. § 610 BGB entgegensteht, ist nicht schädlich[1]. Dadurch verliert der Anspruch nicht seine Übertragbarkeit.

Das Besitzrecht des Hypothekars schließt auch nicht den Abtretungserfolg, nämlich daß der Zwischenkreditgeber Briefeigentümer wird, aus. Daß eine Einrede dem etwaigen Herausgabeverlangen entgegengesetzt werden kann, steht außer Zweifel. Sie ergibt sich aus dem Darlehensvorvertrag. Nach ihm ist der Grundeigentümer zur Schaffung aller Voraussetzungen verpflichtet, wonach der Gläubiger bei Valutierung sofort die Hypothek erwirbt, also auch zur Verschaffung des unmittelbaren Briefbesitzes. Solange also der Hypothekengläubiger die Valutierung beabsichtigt, steht ihm auch das Besitzrecht zu[2].

---

1) Wolff-Raiser § 67 III 3, Erman-Westermann § 931 Anm.3.

2) Vgl. Obermair JW 1937 S.80, Boehmer ZABR 1940 S.241, Weber DNZ 1938 S.69, Soltau DNZ 1938 S.37.

Wenn nun unter Berufung auf die entgegen der h. M.[1] immer mehr vertretenen Auffassung[2], nach der § 986 BGB nicht als bloße Einrede, sondern als eine Einwendung aufzufassen sei, argumentiert wird, daß deshalb ein zessionsfähiger Herausgabeanspruch nicht bestünde und daher eine Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld nach § 931 BGB verneint wird[3], so ist das nicht verständlich.

§ 986 besagt doch zunächst, daß die gegenüber dem Rechtsvorgänger des Eigentümers bestehenden Einwendungen, die zum Besitz berechtigen, auch der neue Eigentümer gegen sich gelten lassen muß. Hätte der Zedent nicht übereignet, sondern nur seine obligatorischen Ansprüche gegen den unmittelbaren Besitzer an den mittelbaren Besitzer abgetreten, so könnte diesem gegenüber nach § 404 BGB die Herausgabe verweigert werden. Übereignet nun der Zedent, so ordnet § 986 BGB die Wirkung des § 404 auch gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch an.

Die Entscheidung, ob § 986 eine Einrede oder eine Einwendung darstellt, kann somit nur für die Frage Bedeutung haben, ob ein Anspruch aus § 985 besteht, solange der Anspruchsgegner zum Besitz berechtigt ist. Nach heute h. M.[4] ist aber dieser Anspruch bei der Übereignung nach § 931 BGB gerade nicht Gegenstand der Abtretung. Deshalb spielt das Problem der Auslegung des § 986 BGB in diesem Zusammenhang überhaupt keine Rolle.

Eine andere Entscheidung wäre geradezu gesetzwidrig. Das erhellt sofort, wenn man sich folgende, rechtlich genau gleiche Situation vergegenwärtigt: Der Vermieter übereignet eine langfristig vermietete Sache an einen Dritten. Selbst wenn man der Ansicht folgt, nach der dem Vermieter während der

---

1) RGRK (Johannsen) § 986 Anm.10, RG Bd.144 S.271.

2) Wolff-Raiser § 84 IV 1 u. Fußn.15 u. 16, Palandt-Hoche § 986 Anm.1.

3) Z.B. Lent DNZ 1938 S.133.

4) Vgl. Fußnote 1 S. 81.

Dauer des Mietvertrages neben seinen obligatorischen Ansprüchen kein Anspruch aus dem Eigentum zusteht, führt das nicht zur Ablehnung der Eigentumsübertragung nach § 931 BGB, weil ihm kein Herausgabeanspruch zustünde. Würde man gegenteilig entscheiden, so wäre dabei übersehen, daß dieser Anspruch nicht im Verhältnis Eigentümer und Erwerber von Belang ist, sondern nur im Verhältnis Erwerber und Besitzer oder Eigentümer und Besitzer.

Damit ist klargestellt, daß § 986 Abs. II BGB im Zusammenhang mit der Abtretung außer Betracht bleiben muß. Er gewinnt erst dann Bedeutung, wenn der Baugeldgläubiger vom Hypothekengläubiger die Herausgabe des Briefes verlangt. Das Herausgabeverlangen wird er erst stellen, wenn er die Berichtigung des Grundbuches verlangen kann, d.h. also, wenn die endgültige Nichtentstehung der Forderung feststeht. Unabhängig davon hat er aber bereits eine vollwirksame Grundschuld mit der Abtretung erworben; damit ist ihm auch das Eigentum am Brief kraft Gesetzes gemäß § 952 zugefallen - allerdings auch nur als vorläufiges Recht, wie das Pfandrecht auch. Sobald sich dies in ein endgültiges Pfandrecht verwandelt, wird auch das Eigentum am Brief zum endgültigen Recht. Ihm kann dann kein Besitzrecht am Brief entgegengehalten werden, da § 986 Abs. II auf den Erwerb kraft Gesetzes nicht anwendbar ist[1].

---

1) Staudinger-Berg § 986 Anm.18, RGRK (Johannsen) § 986 Anm. 33, Palandt-Hoche § 986 Anm.5 a, Erman-Hefermehl § 986 Anm.5, RG Bd. 51 S.88, OLG Hamburg HRR 33 Nr.1407.

g) Funktion des Briefes beim vorläufigen Eigentümerpfandrecht

Gegen die Verwendbarkeit des Hypothekenbriefes bei der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld wendet sich Lent[1] mit grundsätzlichen Bedenken. Der Brief sei eine öffentliche Auskunft über eine Grundbucheintragung; er verliere seinen Sinn, wenn die Unrichtigkeit eine dauernde sei wie hier, da der vorläufige Grundschuldinhaber seine Berichtigung nicht verlangen könne[2]. Die Vereinbarung anderer Zahlungsbedingungen für die Grundschuld, Zinsen und Teilrückzahlungen könnten auf dem Brief nicht vermerkt werden. Auch eine Teilabtretung der Grundschuld ließe sich nicht durchführen, weder auf dem Brief noch durch Bildung eines Teilbriefes. Der Brief könne somit seinem Zweck nach über das Recht überhaupt keine Auskunft geben, deshalb sei er auch nicht Grundschuldbrief im eigentlichen Sinn.

Ein Brief könne nur über ein eingetragenes Recht ausgestellt werden. Da aber eine vorläufige Eigentümergrundschuld nicht eintragbar sei, sei auch die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen. Es könne nicht dem Gesetz entsprechen, daß für ein nichteingetragenes Recht eine Urkunde geschaffen werde, die zudem noch ein anderes Recht verlautbare, aber die Funktion des Briefes des nichteintragbaren Rechts zu übernehmen habe. Der Brief solle somit Auskunft geben über ein Recht, das nicht eingetragen ist, obwohl er die Bestimmung habe, Auskunft über eine Eintragung zu geben.

Lent[3] führt weiter aus, daß der ausgestellte Brief alle Aufgaben erfülle, die für ihn als Hypothekenbrief vorgesehen seien. Es handle sich um eine normale Rechtsverbriefung. Es sei daher nicht denkbar, daß derselbe Brief zwei verschiedene Rechte verkörpere, und über beide zugleich Auskunft gebe.

---

1) DNZ 1938 S. 133.
2) a.a.O. S. 135.
3) a.a.O. S. 137.

Schließlich müsse es auch abgelehnt werden, daß ein Brief zugleich einmal einen Besitzer als Inhaber der Hypothek ausweisen könne, zum anderen aber ohne jede Veränderung seines Inhalts einen weiteren Berechtigten als Grundschuldgläubiger.

Gegen die Meinung Lent's ist aber festzustellen, daß das nach der Bestellung entstandene Recht trotz seines vorläufigen Charakters nun einmal materiell eine Grundschuld ist mit allen daraus sich ergebenden Folgerungen, so daß also auch die Übertragung nach den Regeln der Grundschuld vorgenommen werden muß, wozu zwingend die Briefübergabe gehört. Daß der Brief ein anderes Recht, nämlich die Hypothek, verlautbart und sein Inhalt deshalb unrichtig ist, steht dem nicht entgegen. In Anbetracht der Vorläufigkeit des Eigentümerpfandrechts kann der Brief über die Grundschuld überhaupt keine Auskunft geben. Ist das Recht selbst nicht im Grundbuch eintragbar, so kann es auch nicht Briefinhalt sein. Der über die Hypothek für künftige Forderung ausgestellte Hypothekenbrief ist bis zur Entstehung der Forderung Grundschuldbrief[1].

Gehört die Besitzverschaffung am Brief zu den notwendigen Voraussetzungen, um das Recht zu übertragen, so erlangt dadurch auch der Brief als solcher seinen Sinn für das vorläufige Pfandrecht. Dieselbe Bedeutung, die der Brief einst für die Hypothek bei ihrer Übertragung und Belastung haben wird, nämlich die Verkörperung des dinglichen Rechts, hat er bereits für das Eigentümerrecht. Seine inhaltliche Unrichtigkeit tritt demgegenüber zurück. Sie entspricht der Unrichtigkeit des Grundbuchs, die das Gesetz mit der Bestimmung des § 1113 Abs. II BGB selbst zugelassen hat.

---

1) Ähnlich Weber DNZ 1938 S.69, 70; für die Notwendigkeit der Übertragung des Briefbesitzes ferner Soltau DNZ 1938, S. 73.

IV. Die Rechtsnatur der Post nach ihrer Übertragung

Nach der Zession des Eigentümerpfandrechts taucht die Frage auf, welche Folgen der Wechsel des Rechtsträgers für das Recht hat.

Drei Möglichkeiten lassen sich denken. Das Recht geht auf den Erwerber als Eigentümergrundschuld, als Fremdgrundschuld oder als Hypothek über.

Aus begrifflichen Gründen scheitert zunächst die Annahme der Erhaltung des Eigentümerrechts in der Person des Baugeldgläubigers. Das Eigentümerpfandrecht setzt notwendigerweise voraus, daß sein Träger auch gleichzeitig Eigentümer des belasteten Grundstücks ist. Das folgt ebenso aus dem Wortlaut der Bestimmungen §§ 1177 Abs. I S. 1 i.V. m. 1163 Abs. I BGB. Wird die Personeneinheit aufgelöst, so verliert das Pfandrecht in der Hand des neuen Inhabers jedenfalls den Charakter des Eigentümerrechts. Die praktische Bedeutung dieser Regelung besteht im Wegfall des Verbots der Zwangsvollstreckung, das § 1197 Abs. I BGB ausspricht.

Eine Hypothek erwirbt der Zwischenkreditgläubiger durch die Zession aber auch nicht. Weder wurde für ihn eine solche bestellt, noch hat dem Eigentümer ein solches Recht zugestanden, das er hätte abtreten können. Die Auszahlung des Zwischenkredits kann deshalb auch nicht als Valutierung aufgefaßt werden. Sie ist nur die Einräumung eines Kredits, der durch die Übertragung des Pfandrechts gesichert wird.

Dieses Pfandrecht ist eine Grundschuld und sie bleibt es auch nach der Übertragung an das Zwischenkreditinstitut. Lediglich bewirkt die Zession die Umwandlung des Eigentümerpfandrechts in ein Fremdpfandrecht. Der eigentliche Charakter des Rechts bleibt in vollem Umfang erhalten, wie er bereits in der Hand des Eigentümers bestanden hat.

V. Valutierbarkeit und Abtretung

Hat nun der Zwischenkreditgeber das vorläufige Eigentümerpfandrecht durch Abtretungserklärung und Verschaffung des Briefbesitzes nach §§ 931, 870 BGB erworben und ist das Pfandrecht in seiner Hand zum Fremdpfandrecht geworden, so erhebt sich die weitere Frage, ob die Vorläufigkeit des Rechts auch jetzt noch erhalten geblieben ist und der Hypothekar durch Auszahlung der Darlehensvaluta jederzeit die Hypothek an sich ziehen kann mit der notwendigen Folge, daß der Zwischengläubiger das Pfandrecht verliert.

a) Ablehnende Auffassung Ackermanns

Am kompromisslosesten wendet sich Ackermann[1] gegen die Erhaltung der Valutierbarkeit nach Abtretung. Nach seiner Ansicht wird durch die Übertragung des Rechts auf den Zwischenkreditgeber die Eigentümergrundschuld zur endgültigen Fremdgrundschuld, so daß der Eigentümer die Post auch nur wieder als endgültiges Recht von diesem zurückerwerben könne. Der Hypothekar vermöge das Recht durch Valutierung allein selbst dann nicht zu erwerben, wenn Eigentümer, Hypothekar und Zwischenkreditgeber die Abtretung im gegenseitigen Einvernehmen vorgenommen hätten. Jede wirksame Abtretung des vorläufigen Pfandrechts lasse in der Person des Dritten ein endgültiges Pfandrecht entstehen und vernichte die Valutierbarkeit[2].

Ackermann zieht eine Parallele zur Rechtslage, wie sie bei Verfügungen des Eigentümers über die vorläufige Grundschuld bestehe, wenn der eingetragene Buchhypothekar davon keine

---

1) DNZ 1936, S. 345 ff.
2) DNZ 1936, S. 361 ff.

Kenntnis hat[1]. Zu solchen Verfügungen wird der Eigentümer für berechtigt gehalten, da weder allein schon der Buchstand des Gläubigers noch sein Recht auf Erwerb der Hypothek ein Verfügungsverbot begründe, das einer Übertragung im Wege stünde. Die Wirkung der Abtretung des vorläufigen Grundpfandrechts sei aber die, daß der Zessionar nicht das vorläufige Recht erwerbe, wie es in der Hand des Eigentümers bestanden hat, sondern eine endgültige Fremdgrundschuld, und dies ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Buch- oder Briefgrundschuld handle[2]. Bei Rückübertragung dieses Rechts auf den Eigentümer werde dessen Vorläufigkeit nicht wieder hergestellt; das habe zur Folge, daß der eingetragene Gläubiger auch dann nicht mehr eine Hypothek erlangen könne, wenn er valutiere.

Schließlich verweist Ackermann auf die rechtlich gleichgelagerte Situation bei der Höchstbetragshypothek. Wenn dort der Eigentümer über die ihm bis zur Ausschöpfung der zugesagten Darlehenssumme angefallene vorläufige Eigentümergrundschuld verfüge, so erwerbe der Dritte dieses Recht als endgültiges vollwertiges Grundpfandrecht. Daraus leitet Ackermann den Grundsatz ab, daß jede Übertragung dieses dem Eigentümer zustehenden vorläufigen Rechts dessen Vorläufigkeit beseitige, und damit auch eine Valutierung mit der Folge des Übergangs des Pfandrechts auf den Hypothekar scheitere[3].

Aber auch dann, wenn der Hypothekengläubiger von der beabsichtigten Verwertung des Eigentümerpfandrechts Kenntnis hat und die Abtretung mit seiner Einwilligung vorgenommen wird, soll das Ergebnis kein anderes sein. Eine Bucheigentümergrundschuld bedürfe zu ihrer wirksamen Übertragung gemäß §§ 873, 1154 Abs. III BGB der Eintragung ins Grundbuch. Das formelle Konsensprinzip der §§ 19, 39 GBO erfordere die Vor-

---

1) DNZ 1936, S. 355.
2) Ackermann DNZ 1936, S. 355.
3) DNZ 1936, S. 357 III d.

eintragung des Eigentümers. Dadurch werde aber die Grundschuld des Eigentümers derart "verstärkt", daß ihre Umwandlung in eine Hypothek allein infolge der Valutierung ausgeschlossen sei.

Das bei der Untersuchung der Übertragungswirkungen der vorläufigen Eigentümerbuchgrundschuld gefundene Ergebnis überträgt nun Ackermann auf die Zessionsfolgen bei der vorläufigen Eigentümerbriefgrundschuld. Dabei stellt er den Satz auf, daß aus begrifflichen Gründen die Rechtswirkung der Abtretung von Buch- und Briefrechten gleich sein müßten, da nur die Form der Übertragung, nicht aber der Inhalt der Rechte verschieden sei[1]. Im Gesetz gebe es keine Bestimmung, die für die Übertragung eines Briefrechts andere Rechtsfolgen anordne als für die eines Buchrechts. Wenn auch der Buchstand des früheren Gläubigers erhalten bleibe, so habe der Eigentümer jedenfalls nach dem Rückfall des Rechts vom Dritten das Grundpfandrecht so erworben, wie es diesem zugestanden habe, nämlich als endgültiges. Nur scheinbar sei der frühere Rechtszustand wieder hergestellt[2].

Die Erhaltung der Valutierbarkeit der Hypothek nach Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld läßt sich nach der Vorstellung Ackermanns[3] nur so denken, daß diese unter dem Vorbehalt der Valutierung vom eingetragenen Gläubiger auf den Zwischenkreditgeber übertragen wird und deshalb unter Erhaltung ihrer Umwandlungsfähigkeit auch wieder auf den Eigentümer zurückfallen sollte, wofür es aber keine gesetzliche Grundlage gebe.

---

1) DNZ 1936, S. 358 III, 3 b.
2) DNZ 1936, S. 359 u. 360.
3) DNZ 1936, S. 362 III, 4 b.

b) Stellungnahme

Der Satz, daß durch die Abtretung des vorläufigen Rechts der Zessionar und Zwischenkreditgeber ein endgültiges Recht erwerbe, ist eine unbewiesene Behauptung. Es gibt keine Gesetzesvorschrift, die eine derartige Inhaltsänderung des Pfandrechts allein auf Grund der Übertragung anordnet. Die Heranziehung der Rechtslage bei der noch nicht ausgeschöpften Höchstbetragshypothek, wo ebenfalls eine vorläufige Eigentümergrundschuld entsteht, ist deshalb unergiebig, weil Ackermann auch dort von der gleichen unbewiesenen Voraussetzung ausgeht.

Zutreffend führt Ackermann aus, daß bei der Übertragung der vorläufigen Buchgrundschuld das Recht zum endgültigen wird. Dies beruht aber keinesfalls auf der Tatsache der Abtretung, sondern hat eine ganz andere Ursache, nämlich die, daß der eingetragene Gläubiger, wie Ackermann selbst erkennt, ein "Anwartschaftsrecht" auf die Erlangung der Hypothek erwirbt. Deshalb können auch nicht aus begrifflichen Gründen die Rechtswirkungen bei der Übertragung von Buch- und Briefrechten gleich sein. Die Beseitigung der Vorläufigkeit bei jenen und ihre Erhaltung bei diesen beruht nicht auf dem Akt der Zession, sondern auf deren Folgen, nämlich dem dadurch vollzogenen Eingriff in die Erwerbsposition des Hypothekars[1]. Geht das Sicherungsrecht mit dem gleichen Inhalt, wie es dem Zedenten zustand, auf den Zwischenkreditgeber über, so würde das bedeuten, daß trotz der Abtretung der Hypothekengläubiger durch Auszahlung der Valuta an den Eigentümer das Grundpfandrecht als Hypothek an sich ziehen könnte.

---

1) Darüber im einzelnen S. 98 ff.

Die Verwandlung des Eigentümerpfandrechts in ein Fremdgrundpfandrecht bei sonst gleichbleibendem Rechtsinhalt wurde auch von der Rechtsprechung in anderem Zusammenhang anerkannt, nämlich bei der Veräußerung des Grundstücks durch die Eigentümer nach Bestellung der Hypothek aber vor deren Valutierung[1].

Einer früheren Entscheidung[2], die bei Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung das Recht nicht dem früheren Eigentümer, sondern dem zugesprochen hat, der im Augenblick der Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen Eigentümer war, kann angesichts der speziellen Regelung des § 868 ZPO keine allgemeine Bedeutung zukommen. Nicht einzusehen wäre aber, weshalb dann, wenn ein Eigentumswechsel nicht schadet, ein Wechsel des Gläubigers der Grundschuld nachteilig sein soll. Zur eigentlichen Begründung des Fortbestehens der Valutierungsmöglichkeit des Grundpfandrechts lassen sich verschiedene Ansichten vertreten.

c) Anwendung der Bedingungsvorschriften

In Betracht käme der Gesichtspunkt des § 161 Abs. I oder Abs. II BGB. Die Hypothekenbestellung für eine zukünftige Forderung wäre als eine bedingte Verfügung anzusehen, die damit entstandene Eigentümergrundschuld wäre als auflösend bedingtes Recht zu behandeln und während der Schwebezeit vorgenommene entgegengesetzte Verfügungen würden bei Bedingungseintritt ihre Wirkung verlieren.

Die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung darf aber nicht mit der bedingten Hypothekenbestellung verwechselt werden. In letzterem Fall wird das Grundstück, wenn

---

1) RG JW 1937 S.615,
2) RG JW 1911 S.277.

z.B. bei der aufschiebend bedingten Bestellung die Bedingung nicht eintritt, überhaupt nicht belastet. Folglich hat dann auch beim Ausbleiben der Bedingung niemals eine Eigentümergrundschuld bestanden; entsprechend kommt sie bei der auflösenden Bedingung in Wegfall.

Bei der Hypothek für eine künftige Forderung hingegen handelt es sich um ein unbedingtes Recht. Die von den Parteien zur Begründung der Belastung vorgenommenen Rechtshandlungen sind ohne Vorbehalt und sollen nicht von einem ungewissen zukünftigen Ereignis abhängen. Lediglich die weitere Voraussetzung zum Rechtserwerb, die Forderungsentstehung, liegt noch in der Zukunft. Sie wird aber von den Parteien nicht als ungewisses, sondern als bewußt angestrebtes Ereignis nach Fertigstellung des Baus betrachtet. Deshalb kann von einer nur bedingten Verfügung nicht gesprochen werden[1]. Näher läge schon, die endgültige Belastung als durch die Entstehung der Forderung bedingt zu betrachten. Dem kann aber deshalb nicht gefolgt werden, weil die Forderungsentstehung keine Bedingung nach den §§ 158 ff. BGB ist. Unter einer Bedingung in diesem Sinn versteht das Gesetz eine von den Parteien getroffene Vereinbarung dergestalt, daß die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts vom Eintritt oder Nichteintritt eines in der Zukunft liegenden, objektiv ungewissen Ereignisses abhängen soll[2].

Begründet wird die Bedingung also durch Rechtsgeschäft. Die Entstehung der Forderung zur Erlangung der Hypothek ist aber nicht ein zusätzlich von den Parteien vereinbarter Vertragsbestandteil, von dessen Eintritt das Hypothekenrecht abhängen soll. Es ist vielmehr Teil des gesetzlichen Tatbestandes schlechthin, der vorliegen muß, um überhaupt das dingliche

---

1) RG Bd.51 S.44, Bd.75 S.250, Thümmler DNZ 1936 S.744.

2) RG Bd.53 S.327, Enneccerus-Nipperdey Bd.2 § 194 I, Palandt-Danckelmann Vorbem. vor § 158 Anm.2, Warneyer Bd. 1 vor § 158 Anm.1.

Recht erwerben zu können. Die vom Gesetz festgelegten Tatbestandselemente können durch die Parteiwillkür weder verschärft noch gelockert werden. Das zur Vollendung des rechtsbegründenden Tatbestands erforderliche Tatbestandsstück ist wesensverschieden von der rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingung und wird deshalb auch mit einer anderen Bezeichnung, der sogenannten "Rechtsbedingung", belegt[1].

Eine Lösung könnte sich also allenfalls durch eine analoge Anwendung der §§ 158 ff. BGB auf die Rechtsbedingungen ergeben. Die Analogie wird in Literatur und Rechtsprechung teils bejaht, teils verneint[2].

Oertmann z.B. führt aus, daß eine generelle Entscheidung dieser Frage nicht möglich sei, vielmehr müsse jede einzelne Bestimmung der §§ 158 ff. auf ihre Anwendbarkeit auf die Rechtsbedingung geprüft werden. Er bejaht aber, daß die hier interessierende Bestimmung des § 161 BGB zumindest entsprechend heranzuziehen sei[3].

Wolff-Raiser[4] spricht ebenfalls von einem auflösend bedingten Grundpfandrecht, das dem eingetragenen Gläubiger vor Entstehung der Forderung zustehe. Doch ist nicht ersichtlich, ob damit eine Bedingung i.S. der §§ 158 ff. BGB gemeint ist[5].

---

1) RG Bd.89 S.340, Ennecerus-Nipperdey Bd.2 § 194 2 a-d, RGRK (Kuhn) vor § 158 Anm.8, vgl. ferner Oertmann, Die Rechtsbedingung § 4 S.28 ff, Lent ZADR 1937 S.38, Thümmler DNZ 1936 S.765, Blomeyer Studien S.3.

2) Dafür: Boehmer ZADR 1940 S.173, Ackermann DNZ 1936 S.243, 346, 765, Schmidt-Ernsthausen JW 1933 S.669, einschränkend Enneccerus-Nipperdey § 197 III, RG Bd.75 S.250; dagegen: Ehrenforth JW 1936, 3219, Thümmler DNZ 1936 S.763, RGRK (Kuhn) vor § 158 Anm.9 g, Palandt-Danckelmann vor § 158 Anm.2, Warneyer 2. Aufl. 1932 Bd.1 § 158 IV., vgl. ferner RG Warn.Rspr.1926 Nr.111, 1927 Nr.41, Gruch.Beitr. Bd.52 S.1044, Bd.56 S.119, 129, 1073, Bd.58 S.833, Bd.65 S.260.

3) Oertmann, Die Rechtsbedingung § 18 S.155, § 23 unter b S.190; ebenso Mayer, Gruch.Beitr.Bd.56 S.525 ff., ähnlich Planck-Strecker § 1163 Anm.3, Herold ZBl. FG 1904 S.695, Ahsbahs Jher.Jahrb. 1906 S.373 ff.

4) § 146 III, 1 b.

5) Allerdings eindeutig ablehnend Raiser, Dingliche Anwartschaften, S.40.

Auch Westermann[1] vermag sich offenbar nicht eindeutig für die Art der Bedingtheit des Rechts zu entscheiden. Deutlicher erklärt Staudinger[2] Verfügungen über die vorläufige Eigentümergrundschuld, soweit sie das Anwartschaftsrecht des Gläubigers berühren, im Hinblick auf § 161 BGB für unwirksam. Eine nähere Begründung für seine Ansicht gibt es aber nicht. Oertmann[3] hält die Anwendung des § 161 BGB einfach deshalb für vertretbar, weil kein grundsätzliches Bedenken dagegen spreche. Das trifft jedoch nicht zu. Ähnlich wie Oertmann äußern sich auch Lent[4] und Thümmler[5].

Wie oben schon ausgeführt, wurzelt die rechtsgeschäftliche Bedingung in den Parteiabreden, die Rechtsbedingung ist dagegen Teil des gesetzlichen Entstehungstatbestandes. Auf letzteren treffen die Regeln des Bedingungsrechts grundsätzlich nicht zu[6]. Der Parteiwille kann vielmehr gerade umgekehrt, wie z.B. bei der Bestellung der Hypothek für eine zukünftige Forderung, darauf gerichtet sein, ein Recht vorbehaltlos zu begründen, das nur deshalb noch nicht entsteht, weil es an einem bestimmten Tatbestandsmerkmal noch fehlt[7].

---

1) § 96 A II 6.

2) Staudinger-Scherübl § 1163 Anm.15 f.

3) a.a.O., S.287.

4) ZADR 1937 S.37 = DNZ 1937 S.388.

5) DNZ 1936 S.765.

6) Planck-Fad, § 158 Anm.8 b, RGRK (Kuhn) vor § 158 Anm. 9 g, Palandt-Danckelmann vor § 159 Anm.2, Erman-Hefermehl vor § 158 Anm.2 b, Motive Bd. I S.250, KG Rspr. Bd.2 S.2, RG JW 1912 S.135, 1926 S.2619; vgl. auch RG Bd.56 S.260, JW 1909 S.453, JW 1912 S.135; Warneyer 2. Aufl. 1932 Bd.1 § 158 Anm.4 S.312 geht sogar soweit, daß er die Anwendbarkeit der §§ 158 ff. selbst dann ablehnt, wenn die Parteien die Rechtsbedingungen "vereinbart" haben.

7) Vgl. dazu Bourier ZADR 1937 S.526, der zutreffend darauf hinweist, daß, wenn gesetzliche Voraussetzungen für das Entstehen oder Erlöschen eines Rechts das Recht zum bedingten machen würden, jedes Recht mit einer Bedingung verknüpft wäre.

Aus der grundsätzlich verschiedenen Behandlung, die die rechtsgeschäftliche Bedingung und die Rechtsbedingung im Gesetz erfahren haben, folgt, daß die letztere nur als uneigentliche oder als Scheinbedingung bezeichnet werden kann[1] Dafür spricht, daß nach den Motiven zum BGB[2] die Bestimmungen der §§ 128 ff. die rechtsgeschäftlich gesetzten Bedingungen zum Gegenstand haben und auf Rechtsbedingungen nicht anwendbar sein sollen.

Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung, des eindeutig bekundeten Willens des Gesetzgebers sowie der Systematik der §§ 158 ff. muß deshalb auch eine analoge Anwendung abgelehnt werden. Rechtsbedingung ist ein Teil des gesetzlichen Entstehungstatbestandes und daher von der rechtsgeschäftlich vereinbarten Parteibedingung wesensverschieden. Es ist unzulässig, die Analogie unter Mißachtung dieser grundsätzlichen Verschiedenheit zu bejahen allein im Hinblick darauf, daß in beiden Fällen, nämlich der aufschiebend bedingten Hypothek wie der Hypothek für eine künftige Forderung, das Ergebnis das gleiche sei, wie z.B. Hirsch verfährt[3]. Damit wäre außerdem auf eine systematisch-logische Begründung verzichtet.

Man kann andererseits aber auch nicht die entsprechende Anwendung der Bedingungsvorschriften deshalb ablehnen, weil diese Bestimmungen eine rechtsgeschäftliche Bedingung voraussetzen, die Rechtsbedingung aber als solche nicht aufgefaßt werden könne[4]. Diese Unterschiedlichkeit ist ja gerade der Anlaß für eine Analogie.

Sie scheitert vielmehr aus grundsätzlichen Erwägungen sowie deshalb, weil tatsächlich auch keine Gesetzeslücke vorhanden ist, derer es für eine entsprechende Übertragung von Ge-

---

1) Enneccerus-Nipperdey Bd. 2 § 194 II.
2) Motive Bd. 1 Allg. Teil S.250 vor §§ 128, 129.
3) Archiv f. bürg. R. Bd. 25 S.223 ff.
4) So Morgenroth S. 43.

setzesvorschriften bedürfte. Die Voraussetzungen für die Entstehung einer Hypothek, auch einer für eine zukünftige Forderung, hat der Gesetzgeber abschließend und lückenlos geregelt.

Vollends bedarf es der Anwendung der rechtsgeschäftlichen Bedingungsvorschriften nicht deshalb, um dem Hypothekengläubiger die Erhaltung der Valutierung zu sichern, wie sich weiter unten ergeben wird. Die Unwirksamkeit der Zession des Pfandrechts an den Pfandgläubiger und sein Übergang auf den Hypothekar als Hypothek durch Valutierung kann daher auch nicht mit der analogen Anwendung des § 161 BGB begründet werden.

d) Erfordernis einer nur bedingten Übertragung

Nun wird vorgeschlagen, diesen Erfolg doch dadurch zu sichern, daß der Grundstückseigentümer die vorläufige Grundschuld selbst nur unter der auflösenden Bedingung der Valutierung abtreten solle[1]. Bei Bedingungseintritt werde dann der frühere Rechtszustand wieder eintreten.

Dabei wird aber übersehen, daß eine echte Rückwirkung in dem Sinne, daß der frühere Rechtszustand, wie er bestehen würde, wenn die Zession nicht vorgenommen worden wäre, nicht eintritt (§ 159 BGB)[2]. Zwar würde das an den Baugeldgläubiger zedierte, zunächst vorläufige, valutierbare Eigentümerpfandrecht nach Eintritt der Bedingung wieder auf den Eigentümer zurückfallen. Wie es aber jetzt mit der Vorläufigkeit und Valutierbarkeit des Rechts aussieht, ist damit noch keines-

1) Rheinische Notare in DNZ 1935 S.957 ff. Dehne DNZ 1936 S. 664.

2) Palandt-Danckelmann § 159 Anm.1, Planck-Flad § 159.

wegs entschieden. Diese Eigenschaften des Rechts wären jedenfalls dann erloschen, wenn der Zwischenkreditgläubiger ein endgültiges Recht erworben hätte. Die Erhaltung der Valutierbarkeit muß also unabhängig von dem bedingten Rechtsübergang behandelt werden[1]. Bleibt die Valutierbarkeit auch nach der Übertragung erhalten, so wäre die Abtretung nur unter einer Bedingung schließlich überhaupt überflüssig[2].

e) Valutierung auf Grund der gesicherten Erwerbsstellung des Gläubigers

Der einzige Gesichtspunkt, unter dem die Erhaltung der Valutierbarkeit der in der Hand des Zwischenkreditgläubigers zum Fremdrecht gewordenen Grundschuld in Betracht kommt, ist der, daß mit der Eintragung im Grundbuch der Hypothekengläubiger eine unentziehbare Rechtsposition erlangt hat, die als Anwartschaft bezeichnet werden kann.

In der früheren Literatur läßt bereits Hirsch[3] die Abtretung des vorläufigen Pfandrechts an den Zwischenkreditgeber nur soweit wirksam werden, als dadurch nicht Rechte des eingetragenen Gläubigers auf Erwerb der Hypothek vernichtet werden, wobei er allerdings die §§ 161 ff. BGB analog für anwendbar erklärt. Die durch Einigung und Eintragung der Hypothek im Grundbuch entstandene Anwartschaft wird als absolutes, gegen jedermann wirkendes Recht aufgefaßt.

---

1) Keineswegs kommt es nur bei bedingten Verfügungen zur Begründung einer gesicherten Erwerbsstellung. So unterscheidet auch Raiser, Dingliche Anwartschaften S.14 u. 17 zwischen mehraktigen Erwerbsvorgängen und bedingten Verfügungen als möglichen Grundlagen für die Entwicklung einer Anwartschaft als einer rechtlich geschützten Erwerbsaussicht.

2) So zutreffend Morgenroth S. 45 Fußnote 2.

3) Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25 S. 223 ff.

Dem gegenüber hebt Dehne[1] den nach der Zession unverändert erhalten gebliebenen Buchstand des Berechtigten hervor. Solange der Hypothekar als Pfandrechtsinhaber verlautbart sei, habe die Grundschuld in der Hand des Dritten Übergangscharakter. Ohne die Zustimmung des eingetragenen Gläubigers könne der Buchstand nicht verändert werden[2]. Aber auch Dehne erklärt § 158 Abs. II BGB für anwendbar mit der Folge, daß mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Wirkung der bedingten Abtretung endige und der frühere Rechtszustand wieder eintrete.

Thümmler[3] gründet die Erwerbsbefugnis des Gläubigers auf das durch die Eintragung geschaffene "Anwartschaftsrecht" und das Scheitern des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers. Das Recht könne nur so übertragen werden, wie es in der Hand des Eigentümers bestanden habe, also als vorläufiges. Da der Hypothekar im Grundbuch eingetragen sei, komme ein gutgläubiger Erwerb nicht in Frage[4].

1. Inhalt der Anwartschaft

Die angeführten Autoren begründen zwar die Erhaltung der Valutierbarkeit der Hypothek auch nach der Abtretung mit der Auffassung, daß dem Gläubiger eine Anwartschaft oder eine gesicherte Rechtsstellung eingeräumt sei, führen aber nicht näher aus, was darunter zu verstehen ist. In der Tat gibt es auch heute noch keine allgemein herrschende Definition der

---

1) DNZ 1936 S. 666.

2) Ehrenforth JW 1936 S. 3219 ff.

3) DNZ 1936 S. 763, Bank-Arch. 1938 S.470.

4) So auch Quincke ZADR 1936 S.1086; Endemann § 116, 5 b S.744 spricht von einem durch Einigung und Eintragung des Hypothekengläubigers entstandenen unentziehbaren dinglichen Warterecht. Im Fall der Übertragung des Rechts durch den Eigentümer erwerbe der Dritte es mit der dinglichen Gebundenheit belastet. Im Ergebnis ähnlich Lent, DNZ 1937 S. 386.

Begriffe Anwartschaft und Anwartschaftsrechte[1]. Das rührt wohl daher, daß das Rechtsleben allzu viele verschiedenartige Situationen birgt, die sich mit Umschreibungen, wie sie diese Begriffe zum Ausdruck bringen, charakterisieren lassen Ganz grob gesehen können Anwartschaften als noch in der Entwicklung befindliche Rechte bezeichnet werden, die im Sachenrecht als dingliche Anwartschaften in der Hauptsache im Zusammenhang mit den sogenannten "gestreckten Verfügungsvorgängen" auftreten. Aber auch in anderen Rechtsgebieten, z.B. im Erbrecht nach den Bestimmungen der §§ 2108 Abs. II S. 1, 2112-2114 BGB, lassen sich Anwartschaften feststellen.

Im Gegensatz zur Einräumung einer bloßen Erwerbsaussicht ist die Anwartschaft als eine gesicherte Rechtsstellung aufzufassen, der die Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers und des Gegenstandes, auf dessen Erwerb sich die Anwartschaf bezieht, entspricht[2]. Darüberhinaus ist im Anschluß an Raiser[3] das Anwartschaftsrecht zu unterscheiden, das dem Anwärter über die gesicherte Rechtsstellung eine selbständig in seinen Willen gestellte Rechtsmacht einräumt. Der Frage, ob dem Hypothekar für eine zukünftige Forderung ein solches Recht, dessen nähere Kennzeichnung noch zudem mit der Problematik des subjektiven Rechts belastet wäre, zusteht, braucht jedoch in diesem Zusammenhang nicht nachgegangen zu werden. Entscheidend ist allein, ob dem Hypothekengläubiger mit der Einigung und Eintragung im Grundbuch eine gesicherte Rechtsstellung im Sinne einer Anwartschaft erwachsen ist.

---

1) Vgl. dazu eingehend Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 2 ff.

2) Raiser, a.a.O. S. 7 und 13.

3) Raiser, a.a.O. S. 10.

2. Unentziehbarkeit der Erwerbsstellung des Gläubigers durch den Eigentümer

Die für den Hypothekar begründete Rechtsstellung ist ein vorläufig abgeschlossenes Teilstadium des Entwicklungsprozesses zum Erwerb des Vollrechts. Sind bereits soviele Übertragungselemente im Zuge des Rechtserwerbs gegeben oder vollzogen, daß sie nicht mehr einseitig rückgängig gemacht und der Erwerb des Rechts durch den Begünstigten vom Belasteten nicht mehr einseitig verhindert werden kann, so ist der Bereich der nur tatsächlichen Erwerbsaussicht überschritten und eine gesicherte Rechtsposition, also eine Anwartschaft, begründet[1].

Die frei widerrufliche dingliche Einigung kann unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr rückgängig gemacht werden: Die Grenzen des Widerrufs sind in § 873 Abs. II BGB gesteckt. Regelmäßig wird die Einigung zwischen Hypothekenbank und Eigentümer notariell beurkundet, so daß schon nach der zweiten Alternative des § 873 Abs. II S. 1 BGB eine Bindung an die abgegebene Erklärung eingetreten ist. Ferner lassen sich die Banken die Eintragungsbewilligung in der notwendigen Form erteilen, was zur Bindungswirkung nach der letzten Alternative der benannten Vorschrift führt. Das gleiche gilt, wenn die gerichtlich oder notariell erklärte Einigung beim Grundbuchamt eingereicht worden ist. Hat das Grundbuchamt aber bereits auf Grund der Erklärung den Begünstigten im Grundbuch eingetragen, so ist ein Widerruf der Einigung oder der Eintragungsbewilligung durch den Eigentümer erst recht ausgeschlossen[2].

---

1) Sinngemäß ebenso BGH NJW 1955 S. 544, NJW 1958 S. 1134, Westermann § 5 III, 3 a, Raiser, Dingl.Anwartsch. S.16 u. passim

2) Im Ergebnis Lent ZADR 1937 S. 37.

Der Eigentümer kann auch nicht gegen die Eintragung des Hypothekars angehen[1]. Mangels einer Forderung ist zwar die Hypothek noch nicht entstanden, so daß das Grundbuch, das den Hypothekar als Grundpfandgläubiger verlautbart, doppelt unrichtig ist, insofern nicht dieser, sondern der Eigentümer Rechtsinhaber wurde, und der Eigentümer nicht eine Hypothek, sondern eine Grundschuld erworben hat. Dem Berichtigungsbegehren des Eigentümers stünde jedoch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber dem Hypothekar entgegen. Nach dem Darlehensvorvertrag ist der Eigentümer zur Bestellung der Hypothek und zur Einräumung der Erwerbsposition des Gläubigers, also zur Einigung, der Herbeiführung der Eintragung und zur Einräumung des Briefbesitzes bereits vor der Forderungsentstehung verpflichtet. Das Verlangen auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Eintragung würde zu diesen vertraglich getroffenen Abreden im Widerspruch stehen und deshalb eine unzulässige Rechtsausübung darstellen.

Schließlich kann auch das weitere Tatbestandselement, nämlich die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger[2], vom Eigentümer nicht mehr zerstört werden. Auch wenn ihm noch das Eigentum am Brief zusteht, die Herausgabe vermag er wegen des auf dem Darlehensvorvertrag gegründeten Besitzrechts des Gläubigers nicht durchzusetzen.

---

1) Ackermann DNZ 1936 S. 241, Wolff-Raiser § 145 II, Planck-Strecker, § 1163 Anm. 3 a.

2) Lent DNZ 1937 S. 723.

3. Bestand der Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber dem Zwischenkreditgeber

Scheitert jeder Angriff des Eigentümers auf die umschriebene Rechtsstellung des Hypothekars, so kann dessen Erwerbslage auch nicht von einem Dritten, hier dem Zwischenkreditgläubiger, an den das Eigentümerpfandrecht abgetreten wurde, beeinträchtigt oder vernichtet werden. Die einmal getroffene Einigung zwischen Hypothekar und Eigentümer vermag er nicht zu beseitigen. Ebensowenig könnte er die Berichtigung des Grundbuchs verlangen und seine Eintragung durchsetzen. Diesem Begehren sowie dem geltend gemachten Herausgabeanspruch des Briefes nach § 985 BGB nach dessen Abtretung durch den Eigentümer könnte der Hypothekar gem. § 404 BGB mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnen. Nur dann wäre der Zessionar in der Lage, sich über die Rechte des Hypothekars hinwegzusetzen, wenn er das Pfandrecht im guten Glauben erworben hätte[1]. Dem steht jedoch bereits die Verlautbarung des Hypothekars im Grundbuch entgegen. Daraus folgt, daß der Gläubiger jederzeit die Hypothek zur Entstehung bringen kann. Seine gesicherte Rechtsstellung im Sinne einer dinglichen Anwartschaft bewirkt den Übergang des Pfandrechts auf ihn auch dann, wenn es in der Zwischenzeit vom Eigentümer an einen Dritten abgetreten worden ist[2].

---

1) Vgl. hierzu näher S. 105

2) Ackermann DNZ 1936 S. 245, Raiser a.a.O. S. 16, Wolff-Raiser § 2 II 3 c, Staudinger-Scherübl § 1163 Anm.16 f, Planck-Strecker § 1163 Anm.3 a, Lent DNZ 1937 S. 37, Baur § 46 III 1 b, Soltau DNZ 1938 S.73, Obermair DNZ 1936 S.659, Dehne DNZ 1936 S.666, Thümmler DNZ 1936 S.767, Ehrenforth JW 1936 S.3220, Quincke ZADR 1936 S.1088, Hirsch Arch.f.bürgerl.R. Bd.25 S.241, 248, Oertmann S.189, v. Tuhr § 9 Ziff. 9 a S.188, Böhmer ZADR 1940 S.241.

VI. Vernichtung der Valutierbarkeit

Allerdings führt es möglicherweise zum Untergang des Anwartschaftsrechts des Gläubigers, wenn in den obligatorischen Rechtsbeziehungen Änderungen eintreten, die das Entstehen der Forderung für die Zukunft ausschließen. Erlischt die Aussicht auf das Erstarken zum Vollrecht, so verliert auch die Anwartschaft ihren Sinn und sie geht unter.

Denkbar für das Erlöschen des Anwartschaftsrechts ist zunächst der Fall, daß beide Teile, Eigentümer und Gläubiger, einverständlich den Vorvertrag aufheben, weil kein Interesse mehr an der Abwicklung des Geschäfts besteht. Sodann kann unter Umständen aber auch der Eigentümer einseitig die Aufhebung bewirken, sofern ihm ein Anfechtungs- (§§ 119, 123, 142 BGB) oder Rücktrittsrecht aus irgendwelchen Gründen zusteht. Auch einseitige Nichterfüllung der Kreditzusage durch den Hypothekengläubiger entzieht, wenn sich der Eigentümer damit abfindet, der Anwartschaft die Grundlage und sie erlischt[1].

Möglich wäre auch umgekehrt der Fall, daß der Eigentümer vertragswidrig die Abnahme der Darlehenssumme verweigert; die Anwartschaft würde nicht dadurch zum Vollrecht erstarken, daß der Hypothekenbank eine Schadensersatzforderung entsteht, da diese Verbindlichkeit nicht durch das Pfandrecht gesichert werden sollte. Die Erwerbsposition des Gläubigers auf Erlangung der Hypothek würde vielmehr erlöschen. Alle diese Erlöschenstatbestände der Anwartschaft haben zur Folge, daß das Grundpfandrecht zum endgültigen, nicht mehr valutierbaren, dinglichen Recht wird. Der Zwischenkreditgeber erlangt dadurch eine von dieser Belastung befreite Sicherung.

---

1) Raiser, a.a.O. S. 31, erklärt die Begrenzung des Anwartschaftsrechts durch das Schuldverhältnis damit, daß die obligatorischen Beziehungen nicht allein auf die Verschaffung des Erwerbsrechts, sondern auf die des Vollrechts gerichtet seien. Werde das Schuldverhältnis vor dieser Zweckerreichung aufgehoben, so müsse auch die Anwartschaft, gleichgültig, in wessen Hand sie sich befinde, untergehen.

VII. Gefahr des Rechtsverlustes durch gutgläubigen Erwerb

Ein anderes Ergebnis, nämlich daß nach der Zession die Valutierbarkeit beseitigt werden würde, ist nur dann möglich, wenn ein gutgläubiger Erwerb eingreifen würde. Daß auf diesem Weg das Anwartschaftsrecht vernichtet werden kann, steht andererseits seiner einseitigen Unentziehbarkeit und somit seinem dinglichen Charakter nicht entgegen. Bei der Begriffsbestimmung des Anwartschaftsrechts ist stillschweigend der Vorbehalt zu machen, daß es sich dabei um eine durch rechtmäßige Handlungen, also auf legale Art und Weise nicht entziehbare Erwerbsposition handelt. Denn im Grunde ist tatsächlich kein Recht unentziehbar: Selbst das Eigentum kann wirksam verloren gehen, auch wenn der Berechtigte damit nicht einverstanden ist, §§ 932, 892, 946 - 950, 900, 937 BGB, 366 HGB.

Ein solcher Gutglaubensschutztatbestand greift aber hier nicht ein. Zwar bedarf der Zwischenkreditgeber nicht bezüglich der Eigentümergrundschuld des guten Glaubens. Dieses Recht steht dem Eigentümer materiell zu, und er kann es weiter übertragen. Aber um das Recht als endgültiges zu erwerben, dafür wäre das Eingreifen eines Gutglaubensschutztatbestandes erforderlich. Die jederzeitige Valutierbarkeit wirkt sich insofern wie eine Belastung aus. Sie könnte nur nach §§ 892, 1155 BGB "hinwegerworben" werden. Die Voraussetzungen dafür liegen aber nicht vor[1]. Im Grundbuch steht der Gläubiger, auf ihn ist auch der Brief ausgestellt. Eine Umschreibung auf den Eigentümer scheitert daran, daß der Gläubiger den Brief besitzt und zur Umschreibung nicht einwilligen wird. Zudem ist

1) RG Bd.106 S.139, Recke JW 1936 S.3221, 1937 S.81, Lent ZADR 1937 S.40, Quincke ZADR 1936 S.1086, Thümmler DNZ 1936 S.768.

der Zwischenkreditgeber in aller Regel genauestens in die Rechtslage eingeweiht, da er ja gerade bis zur endgültigen Auszahlung der Darlehenssumme einspringen soll.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der Rechtslage bei der Höchstbetragshypothek. Bezüglich des noch nicht ausgeschöpften Teils der Forderung erwirbt der Eigentümer eine vorläufige Eigentümergrundschuld, der Gläubiger eine Anwartschaft[1]. Überträgt der Eigentümer das Pfandrecht, so geht das Recht auch nur vorbehaltlich jederzeitiger Valutierung über[2].

Demzufolge hat das Reichsgericht auch die Wirkungen der Valutierungsbefugnis in der Zwangsvollstreckung im Sinne eines dinglichen Rechts klar ausgesprochen. Sie besteht selbst dann noch, wenn die Hypothek bereits auf Grund des Zuschlags erloschen ist. Deshalb kann bis zum Verteilungsverfahren noch valutiert werden mit der Folge, daß dem Gläubiger der auf die erloschene Hypothek entfallende Anteil nach dem Surrogationsprinzip gebührt[3].

Ergebnis: Der Zwischenkreditgeber erlangt eine vorläufige Eigentümergrundschuld, belastet mit dem Erwerbsrecht des Hypothekengläubigers; eine nur bedingte Zession ist überflüssig. Mit Valutierung geht die Post ohne weitere Rechtshandlungen auf den Hypothekar als Hypothek über[4]. Einer Offenlegung der Nichtvalutierung bedarf es nicht[5].

---

1) RG Bd. 125 S. 136.

2) RG Bd. 125 S. 140, OLG Darmstadt Seuff.Arch. Bd.60 S.277, RGRKomm. (Schuster) § 1190 Anm.1, Staudinger-Scherübl § 1190 Anm.1 d, e, Lent JADR 1937 S.40, vgl. auch OLG Celle, OLG Bd.4 S.74, OLG Königsberg, OLG Bd.4 S.194.

3) RG Bd.51 S.118, Bd.55 S.222, Bd.125 S.136.

4) Baur SR § 46 II 1 a, Blomeyer DRW 1941 S.132, Boehmer JADR 1940 S.241, Dennecke i. RGRKomm. § 1190 Anm.1 d, Lent JADR 1937 S.37, Palandt-Hoche § 1163 Anm.4 d, Planck-Strecker § 1163 Anm.3 a, 3c, Wolff-Raiser § 2 II 3 c, Soergel-Siebert-Baur § 1163 Staudinger § 1163 Anm.16 Westermann § 96 A III, RG Bd.51 S.43, Bd.60 S.21, Bd.61 S.37, Bd.97 S.223, Bd.125 S.136, Bd.153 S.170, JW 1934 S.1780, KGJ Bd.45 S.270, Bd.49 S.225.

5) A.A. Thummler Bank-Arch. Bd.37 S.440; wie hier Ehrenforth JW 1936 S.3020.

VIII. Der "Auszahlungsanspruch" als Kreditsicherungsmittel und seine Abtretbarkeit

Mit der Übertragung des Eigentümerpfandrechts erhält der Zwischenkreditgläubiger zunächst ein voll wirksames Sicherungsmittel für die Hingabe des Zwischenkredits. Als weiteres, zur Sicherung verwendbares Recht steht dem Eigentümer der Anspruch aus dem Darlehensvorvertrag gegen den Hypothekar zu. Andererseits ist der Verbleib des Pfandrechts in der Hand des Zwischenkreditgebers begrenzt bis zum Zeitpunkt der Valutierung, die den Rechtsübergang auf den Hypothekar bewirkt. Die Sicherung des Zwischenkreditgebers ist deshalb dann vollständig und ohne Risiko, wenn sein Rechtsverlust vom Empfang der Hypothekensumme abhängig gemacht werden kann, mit anderen Worten, wenn infolge Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Darlehensvaluta oder doch auf Abschluss des langfristigen Darlehensvertrages an den Zwischengläubiger der Hypothekar nur noch diesem gegenüber valutieren kann. Mit der Auszahlung der Hypothekenvaluta an den Zwischenkreditgeber wäre dann zugleich der Zwischenkredit abgedeckt.

1. Der Auszahlungsanspruch nach der Theorie des Realvertrags

Frühere Rechtsprechung und Lehre sind der Auffassung, daß Ansprüche auf Gewährung von Krediten wegen ihrer höchstpersönlichen Natur weder abtretbar noch pfändbar seien. So hat das RG[1] bei der Frage, ob die persönlichen Rechte des Grundstückeigentümers aus dem einer Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Kreditvertrage gepfändet werden könnten, ausgeführt, daß der Anspruch auf Kreditgewährung höchstpersönlicher Natur sei und deshalb nicht ohne Zustimmung des Gläubigers auf einen anderen Schuldner übertragen werden könne. Diese

1) Bd. 51 S. 115 ff.

Ansicht wird von Schmidt-Ernsthausen[1] geteilt. Nach Koch[2] besteht der bankmäßige Kredit aus zwei Teilen, dem Kreditver trag und dem Kreditgeschäft. Die Überlassung des Kapitals durch den Gläubiger, die Annahme durch den Schuldner, verbun den mit dessen Zins- und Rückzahlungsverpflichtung stelle da Kreditgeschäft dar, während der Kreditvertrag die Zusage der Darlehensgewährung von seiten der Bank unter ganz bestimmter vereinbarten Bedingungen enthalte, der die Verpflichtung des Schuldners auf Einhaltung dieser Bedingungen, insbesondere der "zweckgebundenen" Verwendung der Mittel, gegenüberstehe. Eben weil die vertraglich festgelegte Verwendung des Kapital bei Pfändung durch Dritte und ebenso durch die Abtretung des Kreditanspruchs an Dritte vereitelt wird, und weil die Grund lage der Krediteinräumung, nämlich der Bestand eines Vertrauensverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, in de Person des Zessionars gegenüber dem Gläubiger natürlich nich ohne weiteres begründet ist, hielt Koch den Kreditgewährungs anspruch für nicht abtretbar und für unpfändbar.

Nach Auffassung Diesels[3] wurzelt der Kreditgewährungsanspru des Eigentümers in der festen Zusage der Bank, einen Kredit in bestimmter Höhe zu gewähren, den der Schuldner aber noch nicht oder noch nicht ganz erhalten hat. Der Anspruch gehe nicht erst auf Darlehensabschluß (§ 610), sondern, da der "Konsens für den eigentlichen Darlehensvertrag schon vorhanden sei", auf Auszahlung der Darlehensvaluta, sei also ein reiner Geldanspruch, daher abtretbar und pfändbar. Die Abtretung des Auszahlungsanspruchs bewirke, daß der Kreditgebe die Valuta an den Zessionar leiste, Darlehensschuldner jedoch der Zedent werde. Liege aber der "Konsens" über die Hin gabe des Kredits nicht vor, so sei erst ein Darlehensvorvertrag begründet, aus dem ein Recht auf Abschluß des eigentlic Darlehensvertrags fließe, das allerdings nicht abgetreten werden könne.

---

1) JW 1933 S. 669.
2) JW 1933 S.2757.
3) JW 1933 S.2504.

Eine Abtretung des Krediteinräumungsanspruchs in der Form, daß der Gläubiger das Kapital an den Zessionar ausbezahlt, jedoch der Zedent Darlehensschuldner, wie im Vertrag vorgesehen, wird, vertreten bereits u.a. Planck[1] und Regelsberger[2]. Diese Auffassung wird vom RG[3] selbst für den Fall geteilt, in dem zwischen Gläubiger und Schuldner (Zedent) lediglich ein Darlehensvorvertrag gem. § 610 BGB zustande gekommen ist und der eigentliche Darlehensvertrag erst durch die tatsächliche Hingabe des Geldes geschaffen wird. Hierbei läßt das RG zwei Möglichkeiten zu; welche von ihnen jeweils vorliegt, sei nach dem Willen der Vertragsschließenden zu ermitteln. Einmal könne gewollt sein, daß der Darlehensberechtigte dem Gläubiger eine andere Person als Empfangsberechtigter der Valuta solle substituieren dürfen, mit der Wirkung, daß diese auch zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet werde. Zum anderen sei auch eine beschränktere Übertragung des Anspruchs dergestalt denkbar, daß durch die Auszahlung an den Zessionar der Zedent Schuldner des Darlehensgebers werde, der Zessionar aber durch die Abtretung ein Recht auf Auszahlung an sich erwerbe. Dabei bleibt aber zweifelhaft, von welchem abtretbaren Recht hier die Rede sein kann, wenn das Darlehen erst durch die Hingabe des Geldes zustande kommt. So stellt das Gericht[4] auch selbst die Frage, ob eine eigentliche Forderungsübertragung i.S. des § 398 BGB vorliegt. Sie muß verneint werden, weil ein Anspruch auf Auszahlung der Valuta überhaupt noch nicht entstanden ist, wenn man wie das RG von einem Vorvertrag nach § 610 BGB ausgeht. In Wirklichkeit handelt es sich vielmehr bei dem Recht des Dritten, die Auszahlung der Darlehenssumme an sich verlangen zu können, um eine Art Vertrag zugunsten Dritter zwischen Eigentümer

---

1) § 399 Anm. 1 c unten.

2) Jher. Jahrb. Bd.52 S.417; vgl. ferner Lübbert Jher. Jahrb. Bd.52 S.377.

3) RG Bd.66 S.361, Bd.68 S.356, Bd.77 S.407, JW 1910 S.747.

4) Bd. 66 S.361.

(Schuldner) und Hypothekar. Zu dieser Auffassung gelangt schließlich auch das RG, unterläßt es aber, auf den Widerspruch zu seiner Annahme der Darlehensbegründung durch Realvertrag einzugehen.

In der Tat läßt sich von der Auffassung des Darlehens als Realvertrag nicht die Abtretbarkeit des Auszahlungsanspruchs ableiten, weil vor der Darlehensbegründung ein solcher Anspruch zu keinem Zeitpunkt besteht. Aus dem Darlehensvorvertrag resultiert kein Auszahlungsanspruch, sondern nur ein Anspruch auf Abschluß des Darlehensvertrages[1], der dann auch erst durch die tatsächliche Hingabe der Summe geschaffen wird und dann notwendigerweise zwischen Gläubiger und demjenigen zustande kommt, an den der Betrag ausbezahlt wird. Wenn also der Eigentümer gegenüber dem Hypothekar den Zwischenkreditgeber als Darlehensempfänger bezeichnet, müßte dieser auch folgerichtig Darlehensschuldner werden. Dieses Ergebnis würde jedoch weder dem Willen des Hypothekars entsprechen, der nach wie vor den Eigentümer als seinen Schuldner und als eigentlichen Darlehensnehmer betrachtet, noch dem Willen des Zwischenkreditgebers, der in der Auszahlung der Darlehenssumme durch den Hypothekar an sich die Ablösung des Zwischenkredits durch den Eigentümer sieht und nicht die Begründung einer eigenen Darlehensschuld. Deshalb wird die "Zession" eines derartigen Kreditanspruchs mit der Folge, daß der "Zessionar" Schuldner anstelle des Zedenten wird, mit Recht für unzulässig gehalten[2]. Wenn man vom Boden der Realvertragstheorie aus dennoch im Ergebnis zu einer abtretungsähnlichen Rechtslage kommen will, so bleibt nur die widerspruchsvolle Konstruktion des RG, daß man sowohl eine

---

1) RG Bd.86 S.324; RGRK (Wilde) § 607 Anm.3, § 610 Anm.1, Palandt-Gramm Einführung zu § 607 Anm.1 a, § 610 Anm.1.

2) Staudinger-Riedel § 610 Anm.3, RGRK (Wilde) § 610 Anm.3, Siebert-Erdsiek-Mühl § 610 Anm.1, Soergel-Siebert-Schmidt § 399 Anm.2, Erman-Wagner § 610 Anm.1, Erman-Westermann § 399 Anm.3, RGRK (Löscher) § 399 Anm.8, Larenz Bd.II S.168, Enneccerus-Lehmann S.144 I, 1 a, RG Bd.66 S.359, Bd.68 S.355.

Abtretung des "Auszahlungsanspruchs" des Zedenten gegen den zukünftigen Gläubiger an den Zessionar als auch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Zedenten zugunsten des Zessionars annimmt[1].

2. Übertragbarkeit des Kreditanspruchs nach der Konsensualtheorie

Diesen Schwierigkeiten geht die Auffassung aus dem Wege, nach der sich der Darlehensvertrag als ein Konsensualvertrag darstellt. Entsteht nach der Realkontraktstheorie nur ein streng einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis, so sieht die Konsensualtheorie im Darlehen einen gegenseitigen Vertrag, auf Grund dessen, ähnlich wie bei der Miete bzw. Leihe, je nach dem es sich um ein verzinsliches oder unverzinsliches Darlehen handelt, der Darlehensgeber zur Belassung des Kapitals auf die vereinbarte Zeit und der Darlehensnehmer zur Zahlung der Zinsen verpflichtet ist. Diese Ansicht hat neuerdings immer mehr Befürworter gefunden, so daß sie als die nunmehr herrschende bezeichnet werden kann[2]. Nur sie wird den tatsächlichen Vorgängen beim Abschluß eines Darlehensgeschäftes gerecht. In der Regel werden die Darlehensbedingungen zunächst einmal im einzelnen ausgehandelt bzw. von den Kreditinstituten festgelegt und der Zeitpunkt der Auszahlung bestimmt. Die Darlehensabrede ist als ein die Parteien bindendes Rechtsgeschäft aufzufassen, da der Darlehensnehmer wissen muß, ob er mit dem Kredit sicher rechnen darf. Die

---

1) So z.B. RG Bd.66 S.359; im Ergebnis ähnlich RGRK (Wilde) § 610 Anm.3.

2) RG Bd.161 S.52, 56, RG JW 1937 S.2765, BGH Bd.25 S.174, 177, OLG Hamburg MDR 1963 S.499, Larenz Bd.II § 47 II, Esser § 149, 5, Siber § 59, 3, Siebert-Erdsiek-Mühl Vorb. v. § 607 Anm.2, Staudinger-Riedel Vorb. v. § 607 2 a u. b, Erman-Wagner § 607 Anm.2, Enneccerus-Lehmann § 142 I, § 144 I, Zunft NJW 1958 S.1331 A.A. dagegen RGRK Vorb. § 607 Anm.3, Palandt-Gramm zu § 607 Anm.1 a

spätere Valutaleistung ist dann bereits die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung durch den Gläubiger. Der Anspruch aus dem Konsensualvertrag geht demnach auf Leistung der Valuta mit der Folge, daß dieser ein reiner Zahlungsanspruch ist und seine Abtretung keinen Beschränkungen unterliegt[1]. Allerdings spricht sich Staudinger-Riedel[2] gegen die Abtretbarkeit des Anspruchs auf die Valuta nach Abschluß des Kreditvertrages aus mit der Begründung, daß dem Gläubiger ohne dessen Willen nicht ein anderer Schuldner unterschoben werden dürfe. Dieser Einwand basiert auf der Realkontrakttheorie, den bereits das RG, wie schon ausgeführt, von seinem Ausgangspunkt aus folgerichtig erhoben hat, der aber mit der von Riedel selbst vertretenen Konsensualtheorie nicht in Einklang steht. Jedenfalls läßt auch er eine Abtretung zu, sofern nach dem Willen der Vertragschließenden durch die Hingabe des Geldes an den Abtretungsempfänger der Zedent Schuldner der Darlehensverpflichtung werden und dem Zessionar nur ein Anspruch auf Auszahlung des Geldes verschafft werden sollte[3]. Als Ergebnis ist sonach festzuhalten, daß der Anspruch auf Auszahlung der Darlehenssumme des Eigentümers gegen den Hypothekar an den Zwischenkreditgeber abgetreten werden kann.

---

1) Siebert-Erdsiek-Mühl § 610 Anm.1, Larenz § 47 II, Siber § 59 3 b, Enneccerus-Lehmann § 144 I, 2 a, Palandt-Gramm § 610 Anm.1, der dort neben dem Realvertrag auch das Konsensualdarlehen zuläßt.

2) § 610 Anm.3, ähnlich auch Esser § 149, 7.

3) So auch Palandt-Danckelmann § 399 Anm.2 a, Palandt-Gramm § 610 Anm.1, Erman-Wagner § 610 Anm.2, Erman-Westermann § 399 Anm.3, Soergel-Siebert-Schmidt § 399 Anm.2, Esser § 149 7, RGRK (Löscher) § 399 Anm.8, BGH Urt. v. 30.10.61 VII ZR 99/60 BB 1962 S.116, BFH Urt. v. 24.9.62 VIII ZR 234/61 in WM IV B 1962 S.1264, BGH Urt. v. 29.4.63 VII ZR 26/62 WM IV B 1963 S.807, im Ergebnis ebenso die Anhanger der Realvertragstheorie, RGRK (Wilde) § 610 Anm.3, RG Bd.68 S.355, Bd.77 S.407, Warn.Rspr. 1909 Nr. 15, JW 1910 S.747.

IX. Auswirkungen der Zession des Auszahlungsanspruchs auf die Valutierungsmöglichkeit

Das Zwischenkreditinstitut hat nun die vorläufige Eigentümergrundschuld und den Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta gegen den Hypothekar erworben. Die Hypothekenbank andererseits kann durch Auszahlung des Kredits und ohne weitere Rechtshandlungen vornehmen zu müssen die Hypothek zur Entstehung bringen, da sie ja eine unentziehbare Anwartschaft auf den Erwerb der Hypothek erlangt hat. Das bedeutet, daß im Augenblick der Valutierung das Grundpfandrecht in der Person des Hypothekengläubigers als Hypothek entsteht und dem Zwischenkreditgeber das vorläufige Grundpfandrecht entzogen wird. Da aber in der Zwischenzeit der Gläubiger des Auszahlungsanspruchs gewechselt hat, kann diese Folge nur unter bestimmten Voraussetzungen eintreten. Sie ergeben sich zwangsläufig aus der Zulässigkeit der Abtretung des Auszahlungsanspruchs gegen den Hypothekar.

a) Wechsel des Valutaberechtigten

Ist dieser Kreditanspruch auf einen Dritten übertragbar, so wird der Abtretungsempfänger materiellrechtlicher Inhaber der Forderung und zum neuen Gläubiger gegenüber dem Darlehensversprecher. Rechte des Versprechensempfängers, hier also des Grundstückseigentümers, gegenüber dem Hypothekar bestehen nach der Zession nicht mehr. Lediglich wird er nach Auszahlung der Valuta an den Zessionar zur Rückzahlung des Darlehens und zur Zinsleistung verpflichtet. Ist aber ein Dritter, nämlich der Zwischenkreditgeber, Inhaber der Forderung auf Leistung des Kapitals geworden, so tritt die Erfüllung nur mit Leistung an den tatsächlich Berechtigten ein, d.h. nur dann wird die Darlehensforderung begründet und die letzte Voraus-

setzung zum Erwerb des Grundpfandrechts durch den Hypothekar geschaffen mit der Folge, daß auch erst in diesem Zeitpunkt die Fremdgrundschuld von Zwischenkreditgeber auf den Hypothekengläubiger übergeht und zur Hypothek wird. Die Rechtslage verhält sich hier genau so wie bei jedem anderen gegenseitigen Vertrag. Hat der Verkäufer die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises gegen den Käufer an einen Dritten abgetreten, so wirkt nur die Leistung des Käufers an den Dritte befreiend, vom Tatbestand des § 407 BGB einmal abgesehen. In gleicher Weise erfüllt der Hypothekar nur durch die Auszahlung an den tatsächlich Berechtigten die Verbindlichkeit aus der Darlehenszusage, während die Verpflichtung zu Tilgungs- und Zinsleistungen durch die Valutierung gegenüber dem Rechtsinhaber in der Person des Versprechensempfängers, also des Grundstückseigentümers entsteht. Der Rechtserwerb des Hypothekars vollzieht sich daher nur, wenn die Forderung durch Auszahlung an den Berechtigten, des Zwischenkreditgebers erfolgt; entsprechend erleidet der Zwischenkreditgeber den Verlust seines Pfandrechts nur gegen die Leistung des Kapitals durch den Hypothekar an ihn. Die Sicherung des Zwischenkreditgebers durch die Übertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld allein wäre daher unvollständig. Sie ist nur in Verbindung mit der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Darlehensvaluta gegen den Hypothekar durch den Eigentümer wirksam. Wie der Erwerb des Pfandrechts durch den Hypothekar von der Begründung der Forderung abhängt, so hängt der Weiterbestand des Pfandrechts in der Person des Zwischenkreditgebers vom Fehlen dieser Hypothekenforderung ab. Darauf beruht die Vorläufigkeit der Grundschuld, die entweder durch die endgültige Nichtvalutierung und die Umwandlung in ein endgültiges Recht in der Hand des Zwischengläubigers, oder durch die Valutierung beseitigt wird, die dann an den Zwischenkreditgeber zu erfolgen hat mit der Wirkung, daß das Recht auf den Hypothekar übergeht und dort zur Hypothek wird.

b) Schutz des Zwischengläubigers vor Rechtsmängel bei der Abtretung des Auszahlungsanspruchs

Für den Zwischenkreditgeber birgt die Notwendigkeit des rechtswirksamen Erwerbs des Auszahlungsanspruchs naturgemäß neue Gefahrenquellen. Sie sind jedoch übersehbar und einfach zu beseitigen. Keine Nachteile entstehen ihm aus dem Recht des Hypothekars, etwaige Einwendungen, die gegen den Grundstückseigentümer begründet sind, auch gegenüber dem Zwischenkreditgeber geltend zu machen. Solche wären denkbar, wenn z.B. das Grundbuchamt dem Eigentümer den Hypothekenbrief ausgehändigt hätte, und dieser die Herausgabe an den Hypothekar verweigern würde. Den Zwischengläubiger berühren diese Einwendungen deshalb nicht, weil er von sich aus nicht den Auszahlungsanspruch geltend machen wird. Ihm liegt nur daran, daß er das Grundpfandrecht nicht oder nur gegen die Ablösung des Zwischenkredits verliert.

Ebensowenig droht dem Zwischengläubiger die Gefahr einer zwischen Hypothekar und dem Grundstückseigentümer vor Abtretung bestandenen Aufrechnungslage, die durch Erklärung des Hypothekars zur Tilgung des Auszahlungsanspruchs führen könnte (§ 406 BGB). Der Grundstückseigentümer hat gegen den Hypothekar keinen Gegenanspruch; es wäre undenkbar und widerspruchsvoll, wenn der Gläubiger einer Forderung seinen Schuldner um Kredit anginge. Aber selbst wenn diese unwahrscheinliche Situation bestünde und der Hypothekar aus irgendwelchen Gründen aufrechnen könnte und würde, der Zwischengläubiger hätte dann eben ein endgültiges Pfandrecht erworben.

Dagegen muß sich der Zwischenkreditgeber gegen die nach der Abtretung befreiende Leistung des Hypothekars an den Grundstückseigentümer schützen, § 407 BGB, um zu verhindern, daß er das Grundpfandrecht verliert ohne die Valuta zu erhalten. Hierfür genügt schon die Beseitigung des guten Glaubens des Hypothekars von der Rechtsinhaberschaft des Eigentümers ent-

weder durch den Eigentümer selbst oder durch den Zwischengläubiger, indem der Hypothekar von der Abtretung benachrichtigt wird. Es ist zweckmäßig, wenn der Zwischengläubiger sich eine Urkunde vom Eigentümer über die Abtretung ausstellläßt, in der er als neuer Gläubiger bezeichnet wird und diesdem Hypothekar vorlegt. Die Stellung des Zwischengläubigers ist dann durch § 409 Abs. II BGB verstärkt, wonach die Mitteilung nur mit der Zustimmung des Zwischengläubigers vom Eigentümer zurückgenommen werden kann. Für die Zukunft ist damit der Zwischengläubiger vor jeder weiteren nachteiligen Einwirkung des Eigentümers auf den Auszahlungsanspruch geschützt.

c) Folgen der Zession des Kreditanspruchs für den Hypothekar

Durch die Mitteilung der Zession des Auszahlungsanspruchs de Darlehensvaluta an den Zwischenkreditgeber erhält der Hypothekar Kenntnis von der Person des Empfangsberechtigten der Darlehenssumme. In der Regel wird ihm auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Briefes gem. § 931 BGB mitgeteilt werden. Die damit verknüpfte Wirkung, daß der Hypothekengläubiger nur durch Valutierung an die Zwischenkreditbank das Pfandrecht erwirbt, bedeutet nun keineswegs eine Minderung seiner durch dingliche Einigung, Eintragung im Grundbuc und Briefbesitz gesicherten Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek. Denn auch nach der Zession hat sich daran nichts geändert, daß auf jeden Fall noch die Forderung begründet werd muß. Eine Erschwerung irgendwelcher Art ist für den Hypothekar also nicht eingetreten. Lediglich hat die Person des Empfangsberechtigten der Valuta gewechselt. Dem Hypothekar ist es aber völlig gleichgültig, ob er an den Eigentümer als den ursprünglichen Gläubiger des Auszahlungsanspruchs oder an einen Dritten, die Zwischenkreditbank, an die der Anspruzediert worden ist, valutiert, sofern er nur Klarheit über

die Person des Abtretungsempfängers hat. Nach Mitteilung der Abtretungsurkunde von seiten der Zwischenbank sind aber Zweifel des Hypothekars über den Berechtigten des Auszahlungsanspruchs ausgeschlossen.

d) Unvollständigkeit der Sicherung des Zwischenkreditgebers ohne Zession des Auszahlungsanspruchs

Bisher wurde davon ausgegangen, daß der Eigentümer den Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta gegen den Hypothekar an den Zwischenkreditgeber abgetreten hat und dieser durch Anzeige der Zession dem Hypothekar den Weg zur gemäß § 407 BGB befreienden Leistung an den Eigentümer verbaut und sich damit für die Zukunft den Empfang der Valuta sichert. Denkbar ist aber auch, daß der Eigentümer vor der Abtretung des Kreditanspruchs an den Zwischengläubiger diese Forderung bereits auf einen Dritten übertragen hat. Die vorläufige Eigentümergrundschuld soll beim Eigentümer verblieben sein und von ihm neben dem noch angeblich ihm zustehenden Auszahlungsanspruch auf den Zwischenkreditgeber übertragen worden sein. Bei dieser Sachlage ist der Dritte Gläubiger des Auszahlungsanspruchs geworden; der Zwischengläubiger hat, da der gute Glaube bei der Übertragung von Forderungen nicht geschützt wird, nur die vorläufige Eigentümergrundschuld erworben. Valutiert nun der Hypothekar in Unkenntnis der ersten Zession an den Zwischenkreditgeber, so wird er jedenfalls nach §§ 408 Abs. I, 407 Abs. I BGB frei und erwirbt die Hypothek. Der Hypothekengläubiger kann aber auch die Leistung nach § 812 Abs. I S. 1 (1. Alt.) kondizieren[1] und an den

1) RG Bd.83 S.188, BGH LM Nr. 3 zu § 407 BGB.

berechtigten Dritten ausbezahlen. Beläßt der Hypothekar die Valuta dem Zwischengläubiger, so ist dieser der Kondiktion des Dritten gemäß § 816 Abs. II BGB ausgesetzt. In beiden Fällen erlangt der Dritte als Gläubiger des Auszahlungsanspruchs die Hypothekensumme, während der Zwischengläubiger das vorläufige Grundpfandrecht verliert. Teilt der Dritte jedoch die Abtretung dem Hypothekar mit, bevor dieser an den Zwischengläubiger valutiert, so kommt der Zwischengläubiger nicht einmal in den vorübergehenden Besitz der Valuta, der Hypothekar wird und kann nur an den Dritten leisten. Auch jetzt verliert der Zwischengläubiger das Grundpfandrecht. Daher ist ihm dringend zu raten, sich über etwaige Vorausabtretungen des Auszahlungsanspruchs durch den Eigentümer Gewißheit zu verschaffen. Er wird sich den Bestand der Forderung in der Person des Eigentümers von diesem sowie vom Hypothekar bescheinigen lassen und erst dann seinerseits den Zwischenkredit ausbezahlen.

e) Gefahr des Rechtsverlusts durch Maßnahmen des Hypothekengläubigers

Mit der Zession des Valutierungsanspruchs des Eigentümers gegen die Hypothekenbank, der vorläufigen Eigentümergrundschuld, des Briefherausgabeanspruchs nach § 931 BGB sowie der Benachrichtigung des Hypothekeninstituts von der Abtretung ist der Zwischenkreditgläubiger von zukünftigen schädigenden Verfügungen zwar des Eigentümers, nicht aber des Hypothekars geschützt. Dieser ist als Pfandgläubiger im Grundbuch eingetragen und hat auch in der Regel den unmittelbaren Besitz am Brief, sei es, daß ihm der Brief vom Eigentümer oder direkt vom Grundbuchamt übergeben worden ist. Eintragung und Briefbesitz sind aber die Grundlagen zur Weiterübertragung des Rechts, das gem. §§ 1155, 892, 1138 von Dritten

gutgläubig erworben werden kann. Natürlich würde dadurch der Zwischenkreditgläubiger seine dingliche Sicherheit verlieren. Diesem Rechtsverlust kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß dem Zwischengläubiger der Brief vom Hypothekar ausgehändigt wird bis zur Auszahlung der Darlehensvaluta. Ein Interesse am unmittelbaren Briefbesitz hat der Hypothekar schon deshalb nicht, weil er einmal bereits im Grundbuch eingetragen ist und zum anderen nur gegen Rückgabe des Briefes die Hypothekensumme auszubezahlen braucht. Zur vollständigen Sicherung muß sich daher der Zwischenkreditgeber den Brief übergeben lassen.

X. Übergang der Post auf den Hypothekar

Für den Erwerb des Pfandrechts durch den Hypothekengläubiger bei Auszahlung der Darlehensvaluta sind zwei Möglichkeiten denkbar. Die Umwandlung der vorläufigen Grundschuld in eine endgültige Fremdhypothek kann sich entweder erst beim Hypothekengläubiger vollziehen, oder die Post fällt zuvor auf den Eigentümer zurück und geht von dort auf den Hypothekar über. Ist also eine vorläufige Fremdgrundschuld valutierbar, oder muß sie sich in eine vorläufige Eigentümergrundschuld zurückverwandeln?

Letzterer Auffassung entspricht die in der Praxis oft anzutreffende Vereinbarung, daß der Zwischenkreditgläubiger die Post nach Valutierung wieder an den Eigentümer zurückabtreten solle, oder daß er von vornherein nur das Recht auflösend bedingt übertragen bekommt.

Ein Vergleich mit dem Fall der Veräußerung des Grundstückseigentums vor Valutierung ergibt aber die Unrichtigkeit dieser Meinung. Das nach Übergang des Eigentums in der Hand des Veräußerers gebliebene Grundpfandrecht wird zur Fremdgrundschuld. Wird jetzt valutiert, also an den Veräußerer ausbezahlt, so verlangt wohl niemand, daß zuvor die Post an den neuen Grundstückseigentümer abzutreten sei, allein deshalb, damit das Recht wieder zur vorläufigen Eigentümergrundschuld werde.

Demnach ist grundsätzlich die Valutierung einer vorläufigen Grundschuld möglich, unabhängig davon, ob sich das Recht als Eigentümerpfandrecht in der Hand des Eigentümers oder als Fremdgrundpfandrecht in der Hand eines anderen befindet. Die Vereinbarung einer Bedingung oder Rückübertragungsverpflichtung erübrigt sich.

Bei einer auf solche Weise vorgenommenen Sicherung erwirbt der Hypothekengläubiger mit Auszahlung des Darlehens an den Zwischenkreditgläubiger die dingliche Sicherung ohne weitere Rechtshandlung[1]. Die Valutierung kann in diesem Fall also gegenüber einem Dritten vorgenommen werden. Diese Auffassung steht im Einklang mit der Rechtsprechung und dem Schrifttum, wonach über Zeit, Art und Weise der Valutierung das Gesetz keine Regelung getroffen habe und deshalb insoweit die Ausgestaltung der Valutierung Gegenstand der Parteivereinbarung sein könne[2].

---

1) Quincke ZADR 1936 S.1086 I a.E.

2) Meise JW 1936 S.627, Oberneck DNZ 9 S.630, RG Bd.106 S.139.

XI. Erteilung einer Benachrichtigungsvollmacht

Gemäß § 55 GBO besteht für das Grundbuchamt eine Mitteilungspflicht von Eintragungen an die durch die Eintragung betroffenen, aus dem Grundbuch ersichtlichen Beteiligten. Sinn dieser Vorschrift ist, Inhaber von Grundstücksrechten vor Rechtsverlust zu schützen, den sie u.U. erleiden könnten.

Dem Zwischenkreditgläubiger droht diese Gefahr von zwei Seiten, vom Hypothekengläubiger und vom Grundstückseigentümer.

a) Wie dargestellt, ist der Hypothekengläubiger formell in der Lage, das Recht durch Übergabe des Briefes und schriftliche Abtretungserklärung weiter zu übertragen. Da er materiell nicht Rechtsinhaber ist, bedarf es zur wirksamen Rechtsverschaffung des guten Glaubens seitens des Erwerbers sowie der öffentlichen Beglaubigung der Zessionserklärung (§§ 1155, 892 BGB). Diese Möglichkeit eines Rechtsverlusts wird aber durch die Übergabe des Briefes an den Zwischenkreditgläubiger ausgeschlossen.

b) Wird gegen den Grundstückseigentümer das Zwangsversteigerungsverfahren betrieben, so hat der Zwischenkreditgläubiger ein erhebliches Interesse, gem. § 41 ZVG von der Anberaumung des Zwangsversteigerungstermins benachrichtigt zu werden. Das geschieht aber nur, wenn eine derartige Benachrichtigungsvollmacht erteilt werden kann mit der Wirkung, daß eben nicht der im Grundbuch verlautbarte Rechtsinhaber, sondern eine von ihm bevollmächtigte dritte Person von der bevorstehenden Eintragung nach § 55 GBO Mitteilung erhalten soll.

Gegen die Möglichkeit einer uneingeschränkten, nicht nur für den Einzelfall erteilten Benachrichtigungsvollmacht könnten sich zunächst Bedenken ergeben aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Dem-

gegenüber verweist aber Dempelwolf[1] zutreffend darauf, daß sich die Zulässigkeit der Vollmachtserteilung bereits aus den §§ 5, 19 Abs. II ZVG ergebe, wonach die Bestellung von Zustellungsbevollmächtigten beim Grundbuchamt möglich und ihre Beachtung daher im Gesetz selbst vorgeschrieben se Deshalb wird auch die wirksame Bevollmächtigung eines Dritt gegenüber dem Grundbuchamt in Literatur[2] und Rechtsprechun anerkannt. Hat der Berechtigte, hier also der Grundstücks-eigentümer, einem Dritten zur Empfangnahme der Benachrichtigung gemäß § 55 GBO Vollmacht erteilt oder durch einen Vertreter erteilen lassen, so ist das Grundbuchamt grundsätzlich verpflichtet, die Erklärungen ausschließlich dem Bevollmächtigten zu übermitteln[4].

Erfolgt die Vollmachtserteilung durch den Eigentümer vorwiegend zum Zweck der Absicherung der Zwischenkreditbank, so hat diese auch ein unmittelbares rechtliches Interesse an d Beachtung der Zustellungsvollmacht. Die Verletzung der Mitteilungspflicht an die bevollmächtigte Baugeldbank begründe für diese ein selbständiges Beschwerderecht gemäß § 71 GBO[5] und führt zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Fiskus[6] gemäß § 839 BGB. Zweckmäßigerweise wird deshalb das Zwischenkreditinstitut sich die nach h.M. anerkannte Benachrichtigu vollmacht vom Grundstückseigentümer einräumen lassen.

---

1) MDR 1957 S.459 Sp. 1.

2) Güthe-Triebel § 55 Anm. 28.

3) OLG Bd. 2 S.196, 197.

4) Brand-Schnitzler § 62 S.153, Güthe-Triebel § 55 Anm.27, Dempewolf a.a.O. S.459, KGJ Bd.34 A S.318, LG Köln Beschluß v. 21.1.1957, 11 T 117/56, LG Wuppertal Beschluß v. 29.6.1956, 6 T 722/56.

5) Brand-Schnitzler § 63 S.152, Güthe-Triebel § 71 Anm.17, KGJ Bd. 28 A S.152.

6) Hesse-Saage-Fischer § 55 Anm.VII, Henke-Mönch-Horber § 55 Anm.1 a u. 7 a.

XII. Rechtsverlust durch Löschungsvormerkung

Gemäß § 1179 BGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden, wenn sich der Eigentümer einem anderen gegenüber im Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum zur Löschung des Pfandrechts verpflichtet.

Die Wirkung der Löschungsvormerkung und ihre Durchsetzung ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 883, 888 BGB. Danach behält der Grundstückseigentümer die Verfügungsfreiheit über die Post, jedoch mit der Folge der relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen. Ebenso bleibt Schuldner des Löschungsanspruchs der Eigentümer als der ursprünglich Verpflichtete, der Verfügungsempfänger hat der Löschung zuzustimmen, § 888 BGB.

Gläubiger der Vormerkung kann jeder sein, auch ein am Grundstück nicht dinglich Berechtigter[1]. In der Regel ist der Gläubiger einer Löschungsvormerkung aber zugleich Inhaber eines Grundpfandrechts. Nachrangige Grundstücksgläubiger verleihen nun ihren Kredit nahezu ausnahmslos nicht ohne die Einräumung der sicheren Gewähr des Aufrückens, also nicht ohne die Bestellung einer dinglichen Sicherung für die Löschung der vorangehenden Post, sobald sie zum Eigentümerpfandrecht wird.

Deshalb droht auch dem Zwischenkreditgläubiger regelmäßig die Gefahr des § 1179 BGB; denn der Bauherr und Grundstückseigentümer wird sich bereits im Zeitpunkt der Beschaffung des Zwischenkredits durch Beleihung der nachfolgenden Rangstellen weiteren Kredit gesichert haben, wobei für die Hypothekengläubiger jeweils zugleich eine Löschungsvormerkung eingetragen sein wird.

---

1) RG Bd. 63 S. 154.

Dringt nun die Löschungsvormerkung auch gegen den Zwischenkreditgeber durch mit der Folge, daß er gegenüber den nachrangigen Vormerkungsgläubigern in die Löschung einwilligen müßte und damit ohne Sicherung wäre? Eindeutig ist die Situation bei der Vereinigung der Hypothek mit dem Grundstückseigentum dann, wenn eine Verkehrshypothek bestellt und valutiert war und der Eigentümer auf die gesicherte Forderung bezahlt hat. In diesem Fall entsteht endgültig ein Eigentümergrundpfandrecht und es bleibt auch dann ein solches, wenn der Gläubiger durch neuen Kredit die Forderung wieder erhöht.

Anders muß bereits aber bei der Höchstbetragshypothek entschieden werden. Bei ihr entsteht wohl immer in Höhe des jeweiligen Forderungsstandes eine Fremdhypothek, eine Eigentümergrundschuld aber hinsichtlich der Differenz zwischen beanspruchtem Kredit und der eingeräumten Kreditgrenze. Dennoch ist dieses Grundpfandrecht nicht der Löschungsvormerkung aus § 1179 BGB ausgesetzt. Die Löschungsvormerkung dringt erst dann durch, wenn endgültig über die Höhe der Forderung aus der bestehenden Geschäftsverbindung eine Feststellung getroffen worden ist[1]. Bis dahin ist das Eigentümerpfandrecht eine nach dem üblichen Sprachgebrauch vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, der Eigentümer kann weder verlangen, daß sie gelöscht noch daß das Grundbuch berichtigt wird.

Auf der Hand liegt nun eine Analogie für den Fall des bis zur Forderungsentstehung vorläufigen Eigentümergrundpfandrechts nach § 1113 Abs. II BGB. Hier hat aber die Rechtsprechung entschieden, daß zunächst bei Nichtentstehung der zu sichernden Forderung (§ 1163 Abs. I S. 1 BGB) die Eigentümergrundschuld von der Löschungsvormerkung erfaßt wird,

1) RG Bd. 125 S. 136, Palandt-Hoche § 1190 Anm. 4 c.

wenn kein entgegenstehender Parteiwille zum Ausdruck gelangt sei[1].

Einigkeit besteht zunächst soweit, daß die vereinbarte und eingetragene Vormerkung des Löschungsanspruchs der Auslegung zugänglich und bedürftig ist, zumal die Parteien und das Grundbuchamt sich üblicherweise der Ausdrucksweise der Bestimmung des § 1179 BGB bedienen[2]. Regeln die Beteiligten deshalb den Umfang des Löschungsanspruchs nicht ausdrücklich, so können seine Grenzen an Hand der Interpretation der getroffenen Vereinbarungen nach den Regeln der §§ 133, 157, 242 BGB ermittelt werden.

Die Frage ist nun, ob die für einen nachrangigen Grundstücksgläubiger gemäß § 1179 BGB eingetragene Löschungsvormerkung auch gegenüber dem Abtretungsempfänger einer aus § 1113 Abs. II BGB vorläufigen, zur Zwischenkreditsicherung verwendeten Grundschuld soll durchdringen können oder ob mangels einer ausdrücklichen Klarstellung der Parteien man die Löschungsverpflichtung so auszulegen hat, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld solange der Vormerkungswirkung entzogen ist, als ihre Valutierbarkeit besteht. Das würde aber noch nicht genügen. Entscheidend ist, ob der Zwischenkreditgeber dem Löschungsverlangen des Nachranggläubigers auch dann nicht nachzukommen braucht, wenn die Valutierung überhaupt ausbleibt, weil der Grundstückseigentümer inzwischen in Konkurs gefallen ist und das vorläufige Recht in der Hand des Zwischenkreditinstituts zum endgültigen Pfandrecht geworden ist.

---

1) RG Bd.52 S.9, Bd.84 S.85, Bd.93 S.115, Bd.125 S.133, 135, 136, KG JW 1934 S.1860, OLG Bremen NJW 1957 S.1284, Staudinger-Scherübl § 1179 Anm. 1 d, Palandt-Hoche § 1179 Anm.2 c, Erman-Westermann § 1179 Anm.2, Planck-Strecker § 1179 Anm.2 a. Dagegen OLG München, DR 1941 S.2338, Riedel DNZ 1956 S.351. Vgl. dazu ferner OLG Bremen NJW 1957 S.1284, Rötelmann DNZ 1958 S.545, Knöchlein Bl.f. Grst.-Bau-Wohnr. 1958 S.193, Ripfel DNZ 1957 S.518, Hieber DNZ 1958 S.381, Wolff-Raiser § 146 IV 2, BGH JZ 1957 S.623, NJW 1958 S.21, LG Wuppertal DNZ 1960 S.479.

2) Erman-Westermann § 1179 Anm.2, OLG Celle DNZ 1958 S.544, RG Bd.93 S.115.

Wörbelauer[1] unterscheidet hier zutreffend zwischen vorläufigen Eigentümergrundschulden, die zur Sicherung eines Zwischenkredits verwendet und solchen, die aus anderen Gründen an Drittgläubiger übertragen werden. Bei letzteren schließt er die Vormerkungswirkung unter Abstellung auf die Verkehrssitte selbst dann nicht aus, wenn es sich um einen Gläubiger handelt, der am Bau beteiligt ist.

Dagegen soll die Auslegung des Parteiwillens gemäß §§ 157, 242 BGB nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte ergeben, daß der Vormerkungsgläubiger gerade bei Kreditgewährungen für Bauvorhaben von der Zwischenfinanzierung der zugesagten und eingetragenen Hypothek durch eine Geschäftsbank ausgehen muß und deshalb sich nicht darauf solle berufen können, daß sich die Vormerkung auch auf die vorläufige Eigentümergrundschuld beziehe.

Dem ist zuzustimmen. Insbesondere wird die Zwischenfinanzierung von erststelligen Hypotheken heute in solchem Umfang durchgeführt, daß sie für jeden Nachranggläubiger selbstverständlich erscheinen muß. Deshalb wäre es unvertretbar, wenn man das vorläufige Eigentümergrundpfandrecht der Vormerkungswirkung unterwerfen würde. Ist aber dem Vormerkungsgläubiger die Durchsetzung der Löschungsverpflichtung gegenüber dem Eigentümer vor der Übertragung versagt, so muß gleiches gelten, wenn an das Zwischenkreditinstitut das Recht zediert und infolge Nichtvalutierung zur endgültigen Fremdgrundschuld geworden ist. Daß damit für den Vormerkungsgläubiger eine Erschwerung der Durchsetzung der Vormerkung verbunden ist infolge der abstrakten Natur der Grundschuld, ist eine andere Frage[2] und berührt die Auslegung der Löschungsverpflichtung hinsichtlich ihrer Grenzen gegenüber dem Zischenkreditgeber nicht. Dennoch bleibt das Ergebnis unbefriedigend. Der Kreditgeber kann sich nicht damit begnügen, daß die Rechtswirkung

---

1) NJW 1958 S. 1516.

2) Vgl. hierzu Wörbelauer NJW 1958 S. 1705 ff.

seiner Sicherung von der Auslegung der Parteivereinbarung abhängt. Sein Sicherungsinteresse verlangt, daß eine klare Rechtslage geschaffen wird und er von vornherein sich auf den rechtlichen Bestand des erlangten Pfandrechts verlassen kann.

Deshalb muß auch jede mögliche Gefahr des Rechtsverlustes durch die Wirkung einer etwaigen Löschungsvormerkung ausgeschaltet werden. Im Fall der Nichtentstehung der zu sichernden Forderung (§ 1163 Abs. I S. 1 BGB) wurde und wird diese Gefahr dadurch gebannt, daß die Beteiligten in den üblichen Formularen ausdrücklich die Grundschuld bei Nichtentstehung der Forderung der Löschungsvormerkung entziehen[1].

Die gleiche Klarstellung ist daher auch für die vorläufige Eigentümergrundschuld aus § 1113 Abs. II BGB geboten, die zur Sicherung der Zwischenfinanzierung verwendet werden soll. Damit wird der Zwischenkreditgläubiger jeder Gefahr durch nachrangige, aus § 1179 BGB berechtigte Grundstücksgläubiger enthoben[2]. Ein Grund, daß diese sich einer derartigen Begrenzung ihres Anspruchs entgegenstellen, besteht nicht, da ihnen ja ohnehin Praxis und Umfang der Zwischenfinanzierung vertraut sind. Da das Zwischenkreditinstitut die Auszahlung des Zwischenkredits bei eingetragenen Löschungsvormerkungen von der Klarstellung, daß die Grundschuld der Vormerkungswirkung nicht unterliegt, abhängig machen kann und wird, ist dem Eigentümer auch in eigenem Interesse die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Löschungsverpflichtungen zuzumuten.

---

1) Wörbelauer NJW 1958 S. 1515.

2) Für Klarstellungsvermerk ferner BayOLG in DNZ 1956 S.550, Erman-Westermann § 1179 Anm.2, Palandt-Hoche § 1179 Anm.2 c, OLG München DR 1941 S.2338, LG Augsburg NJW 1962 S.592.

Die Zwischenkreditbank wird daher den vereinbarten Kredit erst dann auszahlen, wenn sie sich vergewissert hat, daß bei bereits für Nachranggläubiger eingetragenen Löschungsbewilligungen die vorläufig entstandene Eigentümergrundschuld kraft Parteiabrede von der Vormerkungswirkung ausgeschlossen ist. Kann dieser Parteiwille nicht unmittelbar der Grundbucheintragung entnommen werden, so muß er zumindest aus der Urkunde über die Eintragungsbewilligung, auf die das Grundbuch Bezug nimmt, ersichtlich sein[1].

C Vorteile des Sicherungsvorschlags

I. Handhabung in der Praxis

Für die Sicherung des Zwischenkredits ist die Erlangung des Auszahlungsanspruchs gegen den Hypothekar nahezu gleich wichtig wie die Übertragung des vorläufigen Eigentümerpfandrecht. Deshalb wird der Zwischenkreditgeber zunächst den Anspruch auf Auszahlung des Darlehens abtreten und sodann sich vom Eigentümer versichern lassen, daß er über den Anspruch nicht anderweit verfügt hat. Ferner wird er sich eine Abtretungsurkunde des Eigentümers aushändigen lassen, in der er als neuer Gläubiger des Kreditanspruchs bezeichnet ist, diese Urkunde dem Hypothekar vorlegen und von ihm die Erklärung fordern, daß eine Abtretung von Dritten nicht angezeigt worden ist. Weiter erfolgt die Übertragung der vorläufigen Grundschuld und die Abtretung des Briefherausgabeanspruchs gegen

1) Vgl. RG Warn.Rspr. 1912 Nr.393, 1913 Nr.353, 1914 Nr.321, Bd.93 S.117, Bd.125 S.136, RGRKomm. § 1179 Anm.6, Staudinger-Scherübl § 1179 Anm.1, Soergel-Siebert § 1179 Anm.7 u. 8, Riedel DNZ 1956 S.350.

den Hypothekar gemäß § 931 BGB. Sollte der Brief vom Grundbuchamt dem Eigentümer ausgehändigt worden sein, so muß er ihn dem Zwischenkreditgläubiger übergeben. Auch mit der Besitzverschaffung nach § 931 BGB wird sich der Zwischenkreditgeber wegen der Gefahr des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek durch Dritte nicht zufrieden geben, sondern auf der Übergabe des Briefes durch den Hypothekar bestehen. Dann braucht auch der Zwischengläubiger den Eigentümer nicht zum Verzicht der Rechte aus § 1160 BGB zu veranlassen. Damit wären die notwendigen Rechtshandlungen zur Sicherung des Zwischenkredits vorgenommen. Die einzelnen Erklärungen lassen sich leicht formularmäßig fassen und in der erforderlichen Anzahl herstellen, damit der Hypothekar von den Abtretungen unterrichtet wird, die Bestätigung, daß kein Dritter die Zession des Auszahlungsanspruchs mitgeteilt hat, abgeben und den Brief dem Zwischengläubiger aushändigen kann. Umständlicher, kostspieliger und zeitraubender Eintragungen im Grundbuch bedarf es nicht.

II. Vergleich mit anderen vorgeschlagenen Verfahren

Zahlreichen anderen Lösungsvorschlägen ermangelt es an diesen Vorteilen. Die eine Gruppe befürwortet die Eintragung des Zwischenkreditgebers an erster Rangstelle. Die Sicherung des Hypothekars soll dann auf verschiedene Weise erfolgen: Entweder es wird die nach Ablösung des Zwischenkredits dem Eigentümer zugefallene Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt[1)], oder der Hypothekar zahlt die Hypothekensumme an den Zwischenkreditgeber und dieser zediert die Hypothek an ihn, was praktisch auf einen Forderungskauf hinausläuft[2)]. Letzterem

1) Rheinische Notare DNZ 1935 S.959, Ackermann DNZ 1936 S.345.
2) Boehmer ZADR 1940 S.173.

Vorschlag stehen schon die verschiedenen Kreditbedingungen des lang- und kurzfristigen Kredits (Zinshöhe, Laufzeit und Tilgungsraten) entgegen, was auch Boehmer nicht verkennt. Die erstere Möglichkeit, auf die er hinweist, ist der Gefahr ausgesetzt, daß zwischenzeitlich für Nachranggläubiger Löschungsvormerkungen eingetragen worden sind, die die Eigentümergrundschuld erfassen. Dazu kommt, daß der Hypothekar, wenn er die Mittel dem Eigentümer zur Ablösung der Hypothek des Zwischenkreditgebers zur Verfügung stellt, vorleisten muß, ohne dafür sofort die dingliche Sicherheit zu erhalten, wozu er wohl kaum geneigt sein wird. Sodann führt diese Sicherungsart zu einer zweimaligen Eintragung, obwohl wirtschaftlich nur ein Kredit vorliegt, was vermehrte Kosten und höheren Zeitaufwand verursacht[1].

Die andere Gruppe hat einen gemeinsamen Ausgangspunkt, nämlich die Eintragung des langfristigen Kreditgebers an erster Rangstelle; in der Ausgestaltung der Sicherung weichen die Autoren aber mehr oder weniger voneinander ab. So soll nach Oberneck[2] und einer frühen Rechtsprechung[3] die Hingabe des Zwischenkredits als Valuta für die Hypothek des eingetragenen Gläubigers anzusehen sein, so daß der Zwischengläubiger auch zugleich Hypothekengläubiger wäre. Die Befugnis der Valutierung sei auf einen Dritten übertragbar. Dem Erwerb der für den Hypothekengläubiger bestellten Hypothek durch den Zwischenkreditgeber bzw. der Zession der Hypothek vom Zwischenkreditgeber nach Ablösung des Zwischenkredits zurück an den Hypothekar stehen aber auch hier die bereits erwähnten abweichenden Kreditbedingungen entgegen, ganz abgesehen davon, daß der Geschäftswille den Beteiligten fehlt, nämlich der Geschäftswille des Zwischenkreditgebers zur Valutierung der Hypothek. Gegenstand des Darlehensvertrages zwischen ihn

---

1) Obermair DNZ 1936 S.659, Dehne DNZ 1936 S.664.

2) DNZ 1909 S.625, 630, ähnlich RGRK (Dennecke) § 1163 Anm.2 c.

3) RG ZBlFG Bd.8 S.541.

und dem Eigentümer ist die Ausleihung eines kurzfristigen Kredits, dagegen ist nicht die Valutierung des Pfandrechts des Hypothekars gewollt oder gar vereinbart. Ebensowenig soll es zur Aufgabe der Buchposition des Hypothekars kommen, wenn die Post vom Eigentümer auf den Zwischengläubiger übertragen wird[1].

Nach Quincke soll der eingetragene Hypothekar dem Zwischenkreditgeber vor der Valutierung die erste Rangstelle durch Rangrücktrittserklärung verschaffen[2]. Für einen Rangrücktritt spricht sich auch Westermann[3] aus, der einen Ausgleich für den Rangverlust des Hypothekars in der durch die zweckentsprechende Verwendung der Baugelder eingetretenen Werterhöhung des Grundstücks erblickt. Zur Sicherung der vertragsmäßigen Verwendung der Baugelder soll die Rangrücktrittserklärung des Hypothekars, wenn nicht ausdrücklich, so doch zumindest stillschweigend nur bedingt abgegeben sein. Schließlich wird noch unter Belassung der Buchposition des Hypothekars die Eintragung des Zwischengläubigers an zweiter Stelle mit einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB befürwortet[4]. Aber auch diese Vorschläge, die durchaus zu einer rechtlich wirksamen Zwischenkreditsicherung führen mögen, kranken an der erheblichen Kompliziertheit ihrer praktischen Durchführung,

---

1) So auch im Ergebnis Walberer DNZ 1956 S.234, der zutreffend darauf hinweist, daß der Hypothekengläubiger sich nicht von der Zwischenkreditbank vertreten lassen und auch noch nicht valutieren will. Dies ergebe sich daraus, daß bei ernsthaftem Valutierungswillen die Hypothekenbank aus eigenen Mitteln valutieren würde; da aber die Bedingungen nicht erfüllt seien, zu denen sie das Darlehen geben könne und dürfe, müsse diese Valutierung vorerst unterbleiben. Auch das Anerkenntnis des Eigentümers, vom Hypothekengläubiger, vertreten durch den Zwischengläubiger, den Zwischenkredit erhalten zu haben, entbehre der Ernsthaftigkeit, da der Eigentümer den Zwischenkredit nur vorübergehend verwenden wolle und auf baldige Ablösung desselben durch die eigentliche Valuta hoffe.

2) ZADR 1936 S. 1086.

3) SR § 82 III.

4) Bourier ZADR 1937 S.524, Walberer DNZ 1956 S.236.

führen zu einer Verteuerung und belasten das Grundbuch mit kurzfristigen Eintragungen, bis zu deren Vornahme wiederum für den Bauherrn wertvolle Zeit verstreicht.

III. Bestand der Sicherung

Dagegen führt der Weg über die einfach zu handhabende Eigentümergrundschuld und die Abtretung des Auszahlungsanspruch gegen den Hypothekar ebenfalls zur Begründung einer wirksamen Sicherung in der Hand des Zwischenkreditgläubigers. Das Pfandrecht verliert er nur gegen Erhalt der Valuta vom Hypothekar. Lehnt dieser die Valutierung aus irgendwelchen Gründen ab, verliert der Hypothekengläubiger sein Erwerbsrecht und damit seine Einwendungen gegen den Berichtigungsanspruch des § 894 BGB und, sofern er den Brief besitzt, gegen den Anspruch auf Herausgabe des Briefes nach § 985 B gleichzeitig wird das Pfandrecht in der Hand des Baugeldgläubigers zum endgültigen Recht.

Zu beachten ist, daß die vom Hypothekengläubiger vereinbarten Bedingungen im Fall des Unterbleibens der Valutierung nun auch für die Grundschuld des Zwischenkreditgebers gelt Da kurzfristig ausgeliehene Kredite teurer sind als langfristige, so muß der Zwischenkreditgeber bei der Vereinbar der Höhe der Kreditsumme diesen Unterschied berücksichtige insbesondere auch etwaige Verzugszinsen; denn sonst bekomm er u.U. für seinen Kredit nur den Zinssatz bezahlt, den de Eigentümer mit dem endgültigen Kreditgeber vereinbart hat. Deshalb wird er den Kredit niedriger halten als die dingli Sicherung geht, so daß er auch einschließlich etwaiger Nebenforderungen deren Höhe nicht überschreiten wird.

Was die Fälligkeit angeht, so ist der Zwischenkreditgeber durch die bei jeder Krediteinräumung getroffene Abrede gedeckt, daß bei Rückständen von einer gewissen Höhe und Dauer die ganze Schuld fällig wird.

Die auf die angezeigte Art vorgenommene Zwischenkreditsicherung ist auch dann voll wirksam, wenn der Zwischengläubiger im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Hypothekenbank - was bei diesen Instituten durchaus berechtigt ist - dieser den unmittelbaren Briefbesitz beläßt und sich mit der mittelbaren Besitzbegründung am Brief begnügt. Wenn vorgebracht wird, daß diese Sicherungsweise unzuverlässig sei, weil der Hypothekengläubiger jederzeit in der Lage sei, die Hypothek auf einen gutgläubigen Dritten zu übertragen, und dadurch der Zwischenkreditgeber der Sicherheit beraubt werden würde (§§ 1138, 892 BGB)[1], so spricht dieser Einwand nicht gegen die rechtlich einwandfrei vorhandene wirksame Sicherheit. Denn die Gefahr, daß ein Rechtsträger durch rechts- und vertragswidriges Vorgehen eines anderen Einbuße erleidet, besteht immer. So vermag auch der Sicherungsgeber im Fall der Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen dem Sicherungsnehmer dessen anerkannt wirksam erlangte und allgemein übliche Sicherheit durch Weiterveräußerung zu entziehen, wozu er tatsächlich in der Lage ist, da der unmittelbare Besitz an den Gegenständen ihm auch nach der Übertragung noch zusteht. Deshalb können solche Maßnahmen die rechtswirksame Sicherung nicht in Frage stellen.

Der Vergleich der Lage bei der Sicherungsübereignung läßt einen weiteren scheinbaren Nachteil der Übertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld unbegründet erscheinen. Es wird behauptet, der Zwischenkreditgläubiger sei an der Verwertung seiner Sicherheit gehindert, da er nicht im Besitz des Briefes sei und auch im Grundbuch nicht eingetragen sei[2].

---

1) Staudinger-Scherübl § 1163 Anm. 16 i.

2) Staudinger-Scherübl § 1163 Anm. 16 i, Dehne DNZ 1936 S. 668.

Auch der Sicherungsnehmer des heute überall gebräuchlichen Instituts der Sicherungsübereignung entbehrt des unmittelbaren Besitzes am Sicherungsgut. Das hindert ihn aber keineswegs, notfalls im Wege der Klage die betreffenden Gegenstände vom Schuldner herauszuverlangen. Nicht anders verhält es sich hier. Im Gegenteil hat der Zwischenkreditgeber, solange die Abwicklung der Bauarbeiten vertragsmäßig verlaufen, keinerlei Interesse an der Möglichkeit der jederzeitigen Verwertbarkeit seiner Sicherung. Andererseits besteht für den Hypothekengläubiger bei Wegfall der Valutierung kein Interesse am Besitz des Briefes; er wird ihn jederzeit herausgeben und auch die Erklärung der Nichtvalutierung erteilen.

Lebenslauf

Am 24. Februar 1933 wurde ich in Stuttgart geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

1939 trat ich in Stuttgart in die Volksschule ein, 1943 in die Zeppelin-Oberschule. Die Kriegsereignisse brachten mich 1944 nach Freudenstadt und Bad Waldsee. Nach dem Kriege besuchte ich in Stuttgart und Bruchsal weiter die höhere Schule bis zur Reifeprüfung am Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart im Februar 1954.

Dann folgte das Studium der Rechtswissenschaft. Die beiden ersten und letzten Semester studierte ich an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen, vom dritten bis einschließlich sechsten Semester war ich an der Universität in Heidelberg eingeschrieben. Im Frühjahr 1958 legte ich in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung ab.

Am 1. Juli 1958 nahm ich den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar im Lande Baden-Württemberg auf. Diesen beendete ich am 19. Juli 1962 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung.